

أحكام التركات والمواريث

محمد أبو زهرة

دار
الفكر العربي

أحكام التركات والمواريث

الإمام محمد أبو زهرة

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ ش جواد حسني - القاهرة
ص.ب ١٣٠ ت: ٣٩٢٥٥٢٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فان المواريث قد تولى قسمتها القرآن الكريم فى محكم آياته ، وشرحتها السنة النبوية بمتضافر الأخبار ، ومشهور الآثار ، وخرج أحكامها ، وقايس بين أشباهها أعلام الصحابة ، وأئمة الفقهاء ، وان الباحث إذا تتبع أحكام هذه الشريعة الخالدة لم يجد من بينها ما فصله القرآن تفصيل الفرائض ، ولقد عد العلم بها عند بعض العلماء ثلث علم الدين ، لقول النبى الكريم : العلم ثلاثة ، وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة ، أو سنة قائمة ، أو فريضة عادلة ، ولقد صرح الأكثرون بأنها نصف العلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صرح بذلك اذ قال : (تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فانه نصف العلم ، وهو أول شىء ينسى ، وأول شىء ينتزع من أمتى) .

وإذا كانت تلك منزلة الفرائض فى فقه هذه الشريعة : فقد عدها بعضهم علما قائما بذاته ، ولم يعتبر بابا كسائر أبواب الفقه وأقسامه ، ولقد تتابعت فيها المؤلفات قديما وحديثا ، وكان من الأقدمين كما كان من المتأخرين من خصها بالتأليف ، وأفردها بالتصنيف ، وكان ذلك من دواعى إحجامنا عن الكتابة فيها مع تمرسنا بتدريسها ، لأنا لا نكتب فيما كررت الكتابة فيه ، حتى لا يكون قولنا من مكرور القول ، ولكيلا يكون تأليفنا صدى لأقلام غيرنا ، ولكى يكون فيما نكتب فائدة تبتغى ، ومعنى خاص لأجله يقصد .

ولكنا وجدنا أخيرا الحاجة ماسة إلى الكتابة فى المواريث والتركات ، لأن التركات اتخذت حيزا فى عدد من قوانيننا ، ففى القانون المدنى الجديد أحكام مستفيضة خاصة بتصفية التركات ، وفى الوصية بيان لبعض أحكام لها بالميراث صلة وقانون المواريث نفسه فى مواده ما يحتاج إلى فضل البيان ، لمعرفة الأصل الذى اشتق منه ، والمصدر الذى صدر عنه .

من أجل هــذا كتبنا ذلك الكتاب ، وتحرينا فيــه أن ينتفع به الطالب ، فيجــد فيه مسائل الفرائض ذللا ، سهلة المــأخذ ، قريبة المتناول ، كما تحرينا أن يجــد فيه الباحث ما ينقع غلته ، وإن لم يشبع نهمته .

ولذلــك :

١ ــ جهــدنا فى أن يكون فى الكتاب تسهيل وتوضــيح لأصــول الفرائض وتقسيمها وأكثرنا من ضرب الأمثال ، وتوضــيح الحلول ، وإزالة ما يحتمل أن يلتبس على الطالب ، ويشتبه عليه .

٢ ــ واجتهدنا فى بيــان الأدلة التى توضح المصــدر الشرعى ، والمنهج القياسى ، فإن ذلك يرهف قــوى الاستدلال لدى طالب القانون ، ويعوده النقــد البرهــانى المســتقيم .

٣ ــ ولقــد وازنا بين ما جاء فى القــانون المــدنى من أحكام تصــفية التركات ، وما جاء فى الشريعة الاســلامية ، فأشرنا إلى ما اجتمعا فيــه ، وما افترقا ، لتتميز القواعــد الشرعية عن القواعــد القانونية .

هــذا وإنا نضرع إلى الله العلى القــدير أن يمن علينا بنعمة التوفيــق ، فإنه لولا فضــل الله وتوفيقه ما كان لنــا من آمرنا يسر ، وما كان لنا هــدى فيمانكتب « الحمــد لله الذى هــدانا لهــذا ، وما كنــا لنهتــدى لــولا أن هــدانا الله » .

محرم سنة ١٣٨٣
مايو سنة ١٩٦٣

محمد أبو زهرة

تمهيـــد

فى بيـان نوع الملكية بالميراث بالنسبة لغيره

١ ــ الملك بالميراث قسيم لنوعين آخرين من أسباب الملكية ، وذلك لأن أسباب الملكية ثلاثة :

أولها : أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن ملكية قط على الشيء ، وهى إحراز المباح والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على شيء لم تكن ملكية ثابتة عليه من قبل .

وثانيها : أسباب ناقلة للملكية من حيز إلى حيز . وهى التصرفات الناقلة للملكية سواء أكانت فى أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم كانت موضوعة لمقاصد أخرى ، ولكن جاء نقل الملكية تبعا للمقصد الأصلى ، كالمهر فى الزواج . فإنه ينقل إلى ملكية الزوجة بعد الزواج ، وإن لم يكن عقد الزواج فى حقيقته لنقل ملكية المالك ، بل المقصد الأول هو حل العشرة الزوجية بين الزوجين وجاء المهر تبعا لذلك .

ثالثها : الملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذى تئول الملكية فيه إلى شخص له صله بالمالك الذى مات ؛ لأن الموت يذهب بالذمة المالية للميت على تفصيل فى ذلك ، فكان لابد أن ينتقل ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر يعد خليفة له . وهذا الذى تنتقل إليه الأموال والحقوق يكون فى الغالب وجوده امتدادا لوجود الميت ، أو ممن عاونوه وناصروه فى حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه فى تكوين ماله وحمايته .

٢ ــ وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا فى المواريث ، فإن خلافة الوارث للمورث فيما له من أموال وحقوق تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة المورث ، بل من غير إرادة الوارث ؛ ولذلك قالوا إنه لا يدخل شيء فى ملك الانسان جبرا عنه سوى الميراث ، فإنه يدخل فى ملكه من غير إرادته . وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفى ، وهذا فى الوصية ،

فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصى ، وهى خلافة اختيارية من الموصى ومن الموصى له ، فالموصى أراد أن يكون هذا خليفته فى قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريد مختار .

٣ — ولقد حد الشارع حدودا للخلافة الاختيارية فى القدر الذى تجوز فيه ، وفى صفة الموصى له ، وفى الباعث على تلك الخلافة ، وفى الشروط المقترنة بها ، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصى ، لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذى يتولى أمر الخلافة فى مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكى يتدارك الشخص ما عساه قد يكون فاته فى حياته من واجبات أجاز له الشارع الإسلامى أن يختار خليفته فى قدر معين من تركته ، وهو الثلث ، على أن يكون فى ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لأمر محرم ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : (إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم) وروى أن سعد ابن أبى وقاص كان مريضا فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا ، فقال ، فبثلثى مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ! قال : لا ، قال : فبثلث مالى ! قال عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس . وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع الإسلامى جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم والتوزيع العادل — وترك للشخص التصرف بعد وفاته فى الثلث فقط تداركا لما فاته من واجبات ، كما قلنا ، ورفعا لخسيسة من يرى له حقا فى ماله ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذى حق حقه « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

وقد بينا الخلافة الاختيارية فى كتابنا الوصية ؟ والآن نتكلم فى الخلافة الإجبارية ! وهى الميراث ، وقبل أن نخوض فى بيان التقسيم الميراثى العادل ، وطرق التوزيع نتجه إلى بيان الحقوق المتعلقة بالتركة ، ووقت تعلقها ، ومعنى التركة ، وترتيب الحقوق فيها .

القسم الأول

حق الملك بالخلافة وحق الدائنين

ووقت تعلقهما بالتركة

٤ — تبين مما تقدم أن الخلافة قسمان : خلافة اختيارية ، وهى بالوصية فى الحدود التى رسمها الشارع والقانون ، وخلافة إجبارية ، وتكون بالميراث ، وكلتا الخلافتين تتم وتترتب أحكامها إذا حصلت الوفاة ، فلا فارق بينهما فى هذا ، بيد أن الخلافة الاختيارية لا إلزام بها مطلقا قبل الوفاة ، ولو فى مرض الموت ، لأنها لا تلزم إلا بالوفاة ، فهى قبل الوفاة غير ملزمة لأحد ، فلا تتعلق بشىء من أموال المريض مرض الموت ، أما الخلافة الإجبارية : فإنها ملزمة قبل الوفاة ، ولذلك يثبت الحق فى هذه الخلافة من وقت نزول مرض الموت[1] وينازعه ، بل يثبت بشكل أقوى — حق الدائنين .

وذلك لأن الموت تثبت به حقيقتان : إحداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن المورث فيما كان له من أموال وحقوق على تفصيل فيها . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقوق بها وحدها . فتصير الديون التى كانت لغيره قبله متعلقة بماله معها ، لا بذمته فقط ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث فى الأشياء التى يتركها المورث ، ولهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة فى التركة ، ولما كان المرض الذى أفضى إلى الموت هو سببه العادى ثبت حق الورثة والغرماء من وقت حدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق ، والأمور تضاف إلى أسبابها .

وبيان ذلك ، أن المرض إذا اتصل بالموت صار المرض موصوفا بأنه مميت إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئا فشيئا ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضا هو جزء من الطريق الذى

---

(١) التعريف الجامع المانع لمرض الموت ، أنه المرض الذى يتحقق فيه أمران ، أحدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا — ثانيهما — أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به ، وقد اختلف الفقهاء فى اماراته اختلافا طويلا .

ينتهى بالموت ، فكان الموت إذن مضافا إلى المرض من وقت نزوله بالمريض ؛ وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية لـه إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى ذلك يكون الموت قـد ابتـدأ يدب فى الجسم من وقت حـلول المرض به ، وابتـدأ العجز من ذلك الوقت ، وإذن فقـد ابتـدأت الذمة لا تصلح لتعلق الديون بها ، فصار حـق الدائنين متعلقا بالأموال لا بها ، كما ثبت حق الخلافة ، فيتعلق حـق خلافة الوارث بما له أيضا ، وعلى هـذا الأساس قرر الفقهاء أن حـق الغرماء فى استيفاء ديونهم وحـق الورثة فى الخلافة يثبتان من وقت نزول مرض الموت(٢) .

٥ — وإذا كان كلا الحقـين يثبت من وقت نزول مرض الموت ، فهمـا مختلفان فى نوع التعلق ومداه ، فالغرض من تعلق حـق الدائنين بمـاله هـو التمكن من الاستيفاء ، ولـذا يتعلق بمـال المريض معنى لا صـورة ، أى أنه لا يتعلق بذات الأشياء ، بل يتعلق بمـاليتها ، أى مقـدار ما فيها من مالية ، وهـو قيمتها التى يقـومها المقـومون ، ولذا يصح للورثة بعـد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة بسداد ما عليـه من ديون ، كما يصـح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها فى حيـاة المورث ، وكما يصـح للمريض مرض الموت أن يبيع بعض ماله الأجنبى بقيمته ، ولو كان حـق الدائنين متعلقا بذات المـال لا بقيمته ما سـاغ للمريض أن يبيع بقيمته ، ولا سـاغ للورثة أن يشتروا بعض المـال فى حيـاة المريض .

أما حق الورثة فى الخلافة فإنه يكون بعـد الديون فى الرتبة ، وهو يتعلق بثلثى التركة بعـد الدين ، لا بالتركة كلها ، وأما بالنسبة لتعلقـه بالمـالية أو بالذات فقـد اختلف فى ذلك الإمام أبو حنيفة مـع الصـاحبين ، فقـد قال الصاحبان أنه كحـق الغرماء متعلق بمـالية التركة لا بأعيانها وذواتها فى مدة مرض الموت ، سـواء أكان ذلك بالنسبة للورثة ، أم بالنسبة لأجنبى ، ولذلك يصـح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت ماله لبعض ورثتـه بمثل القيمة ، لأن ذلك لا يمس حـق الورثة ، إذ حـق الورثة فى سـلامة المـالية فى ثلثى التركة ، وذلك يثبت بالبيـع بمثل القيمة من غـير غبن مطلقـا بلا فرق بين أن يكون البيع لوارث أو غيره .

---

(٢) راجع فى هـذا كشف الأسرار على أصول فخر الإسـلام الجزء الرابع ص ١٤٢٧ . وما يليهـا .

وقال أبو حنيفة : يتعلق حـق الورثة بالمـالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مـع الورثة فحقهم متعلق بالمـالية وذات التركة : أو كما يعبر الفقهاء ـ متعلق بالأموال صورة ومعنى ، وذلك لأن حقهم فى الاعتراض على تصرف المريض مـع الأجنبى لكى يضمنوا سـلامة ثلثى التركة لهم ، وثلثـا التركة يقـدران بالقيمة : فصـار الحـق متعلقـا بقيمة التركه أى بمعناها أو بمـاليتها ، لا بصورتها وأعيانها ، أما حقهم فى الاعتراض على تصرفه مـع الوارث ، وهـو مريض مرض الموت فسببه ان يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض بعـد وفاته : لأن الله سبحانه وتعـالى وزع المواريث فى كتابه . وكل من قصـد غير ما فى كتـاب الله تعـالى رد عليـه قصـده . وإن الإيثـار كما يكون بالمحاباة بالعطاء من غير عوض يكون بأعيان يختارها لـه ، ولو كانت بقيمتها . وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة تسير على نظـام منطقى واحـد . إذ أنه لـو أراد احـد الورثة بعـد الوفاة أن يختص بإحـدى أعيان التركة بقيمتها لا يتم لـه ذلك إلا برضا الورثة . فكذلك الحكم لو أراد ذلك المورث فى آخر حياته ، وقـد تعلق بالمـال حـق الإرث[٣] .

٦ ـ هـذا هـو الفقه ، والاختلاف بين أئمة المذهب الحنفى بالنسبة لتعلق حـق الورثة بثلثى المـال فى حال مرض الموت ، ولكن المقـول به الآن ، ان حـق الورثة فى ثلثى المـال من حيث التصرف . لا يختلف بالنسبة للتصرف مـع الأجنبى ومـع الوارث على سـواء . وذلك لأن قانون الوصـية أجاز الوصية لوارث كما أجازها للأجنبى على سواء : فهو يجيز محاباة الوارث بثلث المـال بعـد الديون ، وإذا كانت المحاباة بثلث المـالية جائزة ، فكذلك تكون المحاباة بصورة المـال جائزة : فيكون الأمر على نظام منطقى واحـد ، فيجوز أن يختص بعض الورثة ببعض ماله بقيمته ، لأنه يجوز أن يختص به من غير قيمته .

وفـوق ذلك قـد أباح قانون الوصية للشخص أن يوصى بتقسيم تركته بين ورثته وتخصيص نصيب لكل واحـد من ورثته ، ولـو كانت فى ذلك محـاباة لبعضهم بشرط ألا تتجاز المحاباة الثلث : ولا حاجـة فى تنفيذ هـذه الوصية

---

(٣) راجع فى هـذا كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ، فقـد ذكر الخلاف بين الإمام والصاحبين فى هـذا . ولكن نقـل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمـالية ، لا بعين التركة ، واطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى والتصرف مع الوارث ، وهـو فى ذلك رأى الصاحبين .

إلى أجازة الورثة ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من قانون الوصية ، وهذا نصها :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية » .

وإن إجازة الوصية لوارث أو محاباته فى مرض الموت ، لم يعتمد فيها القانون على مذهب من المذاهب الأربعة ، بل اعتمد على بعض مذاهب الشيعة ، وتعلق ببعض نصوص القرآن الكريم .

أما لزوم الوصية بتقسيم التركة من غير محاباة بزيادة فى الاستحقاق ، فقد اعتمد فيه على قول فى مذهب الشافعى ، وعلى أحد الوجوه فى مذهب أحمد رضى الله عنهما[٤] .

٧ — ومهما يكن وجه تعلق حق الورثة فى الخلافة حال مرض الموت فإنه من المتفق عليه أن ذلك الحق ثابت ، وهنا يثير الفقهاء بحثا نظريا فى نوع ذلك الحق ، أهو حق الملكية فى ثلثى ما يبقى بعد الديون ، أم هو مجرد الحق فى الخلافة لا يثبت ملكا ، وانما الملكية تبتدىء فقط من وقت الوفاة ؟

يذكر الكاسانى فى بدائعه خلافا بين المتقدمين والمتأخرين من الفقهاء فى ذلك ، ويسوق لذلك أدلة ، فيقرر أن المتأخرين يرون أن حق الوارث فى وقت مرض الموت لا يتجاوز حقه فى الخلافة ، وأنه ثبت فى وقت المرض لكى يصان ثلثا التركة للوارث ، وهما الحق الذى قرره الشارع له ، وهو يمنع المريض من أن يتصرف فيه بعد الوفاة ، ويقرر أن بعض المتقدمين يرون أن ذلك الحق هو حق ملكية ، ومع أن ذلك الخلاف نظرى ليس فيه جدوى من ناحية العمل ولا من ناحية النتيجة المقررة نذكره لأن فيه بيانا لمناحى تفكير الفقهاء السابقين ، ولذلك نبين أدلة الفريقين ليكون البيان أتم .

يستدل للمتقدمين فى ادعائهم أن حق الورثة فيما يتعلق به من ثلثى التركة بعد الديون — حق الملكية بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :

---

(٤) راجع فى هذا شرح قانون الوصية للمؤلف .

(إن الله تصـــدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم) . وهــذا التصدق يئون باستبقاء الملك على الذمة وقت مرض الموت فى الثلث ، وهــذا يقتضى أن الثلثين قــد زال ملكهما عن المريض ، وإذا كان قــد زال الملك فى الثلثين ، وخلت ذمتــه منه ، فإنه سيئول إلى الورثة ؛ لأنهم خلفــاؤه فى ماله ، ولأنهم أقرب النــاس إليــه ، وحياتهم امتداد لحياته ، ولقــد أجمع فقهاء المسلمين على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفــذ فى أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة ، ولو كان ملكه ثابتا فى الثلثين لنفــذ تبرعه بالزيادة على الثلث ؛ فعــدم نفاذه دليــل زواله ، ولا يزول إلى غير مالك . بل يزول إلى مالك هــو الورثة ، ومع اتفاق المتقــدمين من الحنفية على أن حــق الورثة فى مرض الموت هــو حــق ملك اختلفوا أهو ملك من كل وجــه أم هــو حــق ملكية ثابتة من وقت الوفاة ، ولكنها مستندة إلى وقت المرض ، وقــد اتفق الفريقان على أن الملكية لا تظهر إلا بالوفاة ، والفرق بين الرأيين أن الموت على الرأى الأول يكشف عن حقيقة ثابتة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأموال كانت ملكا للورثة من وقت وجــود سبب الموت ، وهــو مرض الموت ، أما الرأى الثــانى فيقــول أن الموت هــو ســبب الملكية بالخلافة فــلا توجــد الا بوجوده ، ولكن إذا ثبتت الملكيــة بالموت تثبت مستندة إلى أول أعراض الفناء وهــو مرض الموت .

هــذا نظر المتقــدمين . ودليلهم ، أما دليــل المتأخرين فى قولهم أن الورثة يثبت لهم فى وقت مرض الموت حــق الخلافة ، وليس ذلك ملكا من أى وجــه من الوجوه — فعماده الإجماع على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث لا يمس فى حياته . ولكن ينقض بعــد وفاته إن أراد الورثة نقضه وكان هناك مسوغ . فقــد كان تصرفا منعقــدا نافــذا . وهــو يدل على أنهم ما كانت لهم ملكيــة قبــل الوفاة ولو بسبيل الاستناد ، وفــوق ذلك فإنه من المتفــق عليه أنه لو كان الوارث غير أهــل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهــلا عند الموت فقــد اتفقــوا على أنه يكون وارثا ، ويكون لــه كل حقوق الوارثين من الاعتراض على كل تبرع يتجاوز الثلث ، فلو كان حــق الورثة هــو الملكيــة وقت مرض الموت وقبــل موته ما كان لهــؤلاء الذين ورثوا ، ولم يكونوا أهــلا للميراث فى المرض كغير مسلم أســلم — حــق فى الميراث . لأن باقى الورثة قــد ملكوه ، وما كان لهؤلاء الذين صاروا وارثين عند الوفاة الحــق فى نقض ما تبرع به مورثهم ، لأن حــق الإرث لم يكن ثابتا طــول مدة مرض الموت ، ولكن ثبت لهم حــق الاعتراض ، فــلا يمكن أن يكون حــق الوارث فى الاعتراض حــق ملكية ، ولــو من وجــه

الإستناد ، لأن شرط الإستناد الصلاحية لأن يثبت الحق فى المدة التى يستند الحكم إليها(٥) .

وفى الحق أن نظر المتأخرين هو المعقول ، لأن إعطاء الوارث حقا فى حال حياة المريض إنما هو فرض وأمر اعتبارى ليستقيم منطق الأحكام . وتتسق المبادىء الفقهية ، إذ ثبت شرعا أن للوارث إبطال بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى أثناء مرض موته ، فلا تنفذ تلك التصرفات إلا بإجازته مع صدورها فى حياة من له الأهلية الكاملة والولاية التامة ، وإذا كان ذلك ثابتا للوارث قبل تقرير ميراثه فلابد أن نفرض له حقا فى آخر حياة مورثه ، حتى يمكن أن يكون له حق نقض بعض التصرفات ، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حق الإجازة والمنع بعد الموت فيكتفى فى ذلك بفرض حق الإرث أو حق الخلافة له فى حال حياة الوارث ، لأن الأمور الفرضية لا تقدر إلا بمقدار الضرورة الفكرية التى تضطر الباحث إلى فرضها ، ليستقيم منطق الأحكام ، وتأخذ المبادىء الفقهية بعضها بحجز بعض .

٨ — ولابد من التنبيه هنا إلى أن المريض بمرض الموت أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان ، وإنما ينظر فى تصرفاته بعد وفاته ، فإن كانت تمس حق الورثة فى الحدود التى ذكرناها كان لهم الاعتراض عليها ونقضها ، أو كانت موقوفة على إجازتهم ، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم ، وليس لهم الاعتراض فى حياته لأن المرض لا يتبين أنه مرض موت ، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا ، وليس لهم الاعتراض قبل تحقق السبب المنشىء لحق الاعتراض وكذلك الدائنون ليس لهم الحق العينى فى أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصل الموت به ، وفى حال حياته ليس لهم الاعتراض ، إلا بقدر ما للديون فى ذاتها من قوة ، من غير نظر إلى مرض المدين أو سلامته .

٩ — وقد نوهنا فيما قلنا إلى أن حق الدائنين مقدم فى الاعتبار عن حق الورثة ، وإن ذلك يقتضى عند النظر فى التصرفات التى تصرفها الميت أثناء المرض الذى انتهى بموته أن نبين حالين :

---

(٥) راجع فى هذا البدائع جـ ٣ ص ٢٣٠ وما يليها .

(إحـداهما) إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، وفيهـا سـداد لهـا أو لم يكن ، وحـق الدائنين فى هـذه الحال أن تسلم قيمتها لهم ، فكل تصرف حـدث فى أثناء المرض لا يمس القيمة فى جملتها فهو نافـذ ، وإن لم يجيزوه ، وكل تصرف يمسها فهـو غير ملزم لهم ، بل لهم نقضـه بعـد وفـاته . فكل تبرعاته قابلة للنقض منهم ، ولا تلزمهم ، وكذلك كل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً لهم حـق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البـائع ممـا يزيل الغبن ؛ لأن حقهم تعلق بالقيمة والمـالية فيجب أن تسـلم لهم — وإذا باع أو اشترى بلا غبن لم يكن لهم أن ينقضوه ، لأن حقهم متعلق بالقيمة وقـد سلمت لهم ؛ فلا وجـه لاعتراضهم ونقضهم ما أبرم .

ولا شـأن للورثة بالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين على تفصيل سنبينه ، بيـد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخـذ القيمة وتسلم التركة ؛ وإن كانت قيمة التركة أقل كان لهم استخلاصها بأداء الدين كله ؛ وليس لهم استخلاصها بقيمتها جبرا ، لأن للدائنين الحـق فى استيفاء ديونهم كاملة ، وليس لأحـد أن يجبرهم على نقصـها ، وعساهم يبقون التركة حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء لديونهم .

(ثانيتهما) إذا كانت التركة مدينـة بدين غـير مستغرق ، ومن حـق الورثة أن يسلم ثلثا قيمة التركة بعـد الدين . فكل تصرف للمريض يمس هـذين الثلثين بتبرع أو محاباة فللورثة نقضه بعـد وفاته ، أو هـو يتوقف فى نفاذه على إجازتهم من بعـد الوفاة . وعلى ذلك يكون كل عقـد مبادلة نافـذا من غـير حاجة إلى إجازة الورثة إذا لم تكن فيه محاباة أصلا ، ولا يدخـل فى المحاباة التصرف مـع الغبن اليسير . وكذلك إذا كان فيـه محـاباة وكانت المحـاباة لا تتجاوز الثلث ؛ فإن تجاوزت الثلث كان لهم نقضه أو توقف على إجازتهم على حسب اختلاف الفقهاء فى التعبير .

١٠ — هـذا ويلاحظ أن التصرفات التى تكون قابلة للنقض بعد الوفاة هى التصرفات المـالية المحضة التى يكون فيها نقص لرأس المـال ، ولا تكون قضاء لحاجاته الأصلية ، وعلى ذلك لا يكون قابلا للنقض :

(أ) النكاح والخلع ولو ترتب عليهما مغارم مالية ؛ ولكن على ألا يتجاوز المهـر مهـر المثل ، وألا يزيد بدل الخـلع على ثلث المـال ؛ فإن تجـاوز

المهر مهر المثل لا ينقض النكاح ، ويجب مهر المثل فقط ، وإن تجاوز بدل الخلع ثلث المال لا ينقض الخلع ، ولكن لا يجب بدلا إلا الثلث .

(ب) ولا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية وحاجاته التى لا يستغنى عنها ما لم تكن فيها محاباة ، فإذا خلت من المحاباة ، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس فى مثله عادة ، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض ، فإن كان فى التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه .

(جـ) وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض ـ العقود الواردة على المنافع كالإجارة والإعارة ، لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها ، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفى عقود المنافع لا تبقى بعد موت المؤجر بل تفسخ الإجارة والإعارة ، وعلى مقتضى المذاهب التى تبقى الإجارة بعد وفاة المؤجر يسرى على الإجارة النافذة بعد الوفاة ما يسرى على عقد البيع ، من حيث ما يكون فيها من محاباة .

١١ ـ هذه هى الشريعة الإسلامية فى احتياطها للدائنين وللورثة من أن يمس المريض مرض الموت حقا من حقوقهم فى أثناء مرضه ، فجعلت لهم حق نقض كل تصرف يمس حقوقهم فى الدائرة التى رسمناها .

والآن نتجه إلى القانون المدنى الجديد لنرى مقدار احتياطه للدائن والوارث وصلته بالفقه الإسلامى ، أما الاحتياط للدائن من التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، فلم نجده سوغ نقض التصرفات التى يكون فيها غبن ، ولو كان يسيرا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، بينما سوغت الشريعة كما ذكرنا للدائن الاعتراض فى هذه الحال ، لأن حقه فى القيمة خالية من أى نقص كما ذكرنا ، بل لم نجد من مواد القانون المدنى ما يسوغ للدائنين الاعتراض على تبرعات المريض مرض الموت ، بعد حدوث الموت ، ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ، ولعله ترك ذلك للضمانات العامة التى ذكرت حقا للدائنين فلم يخص المريض مرض الموت بضمانات خاصة .

أما الاحتياط للورثة ، فقد كان القانون أشد احتياطا ، لما جد من طرق التلاعب بحقوق الورثة ، فهو :

(أ) يقرر كما قررت الشريعة أن البيع إذا كانت فيه محاباة تجاوزت

ثلث التركة ؛ لا يسرى فى حـق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين ؛ أما إذا لم تبـلغ الزيادة الثلث أو لم تتجاوزه فإن البيـع يسرى فى حقهم من غير حاجـة الى إقرارهم(٦) •

(ب) ويقرر أيضـا أن كل تبرع فى مرض الموت يعتبر وصـية ، تتوقف على إجازة الورثة إن تجاوزت الثلث ، وهو فى ذلك يستقى من الشريعة •

(جـ) ولكنه يبالغ فى الاحتياط لهـا ؛ فيعتبر كل تصرف (ولـو ذكر أنه مبادلة مال بمـال) تبرعا إلا أن يقيم الدليل المتصرف معـه على أنه دفع الثمن ؛ لأنه عسى أن يكون البيع صوريا وهـو تبرع لبس لبوس البيع ؛ فيفرض ذلك حتى يقـوم الدليل على خلافه ، وهـو فى ذلك ينهج منهج القانون المدنى القـديم على أحسن التخريجات التى جاءت فى بيع المريض الموت(٧) فيه •

(د) ويقرر أيضا أن البيع الذى يحتفظ فيـه البائع بالعين وينتفع بهـا مدى حياته وصية أيضا . ولو كان من صحيح(٨) •

---

(٦) وهـذا ما اشتملت عليـه الفقرتان الأولى والثانيـة من المـادة ٤٧٧ ، وهـذا نصـهما :

(أ) إذا باع المريض مرض الموت لوارث او غير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حـق الورثة ؛ إذا كانت زيادة قيمة المبيع عن الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

(ب) وأما إذاكانت هـذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا اقروه او رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

(٧) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للمؤلف .

(٨) هـذه الأحكام اشتملت عليها المـادتان ٩١٦ ، ٩١٧ ، وهـذا نصهما :

مادة ٩١٦ ـــ (أ) « كل عمل قانونى يصـدر من شخص فى مرض الموت » ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعـد الموت ؛ وتسرى عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التى تعطى لهـذا التصرف .

(ب) وعلى ورثة من تصرف ان يثبتوا أن العمل القانونى قـد صـدر من مورثهم ، وهـو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بكل الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هـذا التاريخ ثابتا .

(جـ) وإذا اثبت الورثة ان التصرف صـدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صـدر له التصرف عكس ذلك ، كل هـذا ما لم توجـد أحكام خاصة مخالفة . =

وفى كل ذلك احتياط لفكرة الشريعة من الاحتفاظ بالثلثين للورثة ، وهـو احتياط حسن يجعـل الأحكام القانونية تسير على نسق فقهى ، واحـد ، وما استحدثه احتياطا هـو لدفـع ما استحدثه الناس من حيل ، وغايته فيه تنفيذ الفكرة الشرعية تنفيذا سليما .

حـق الورثة والدائنين بعـد الوفاة

١٢ ـ ما ذكرناه كان بيانا لحق الدائنين والورثة فى وقت مرض الموت ، وقـد كشف الموت عن هـذه الحقوق ، وقـد بينـا سبب تعلق هـذه الحقوق ، وقلنـا أنه أمر فرضى لتنسيق الأحكام التى قررت بالموت ، وكان من مقتضاها نقض بعض التصرفات التى صـدرت فى المرض ، ولا شـك أن حقوق الدائنين والورثة بعـد الوفاة تكون أقـوى منها قبل الوفاة لأن فرض حـق قبل الوفاة إنما هـو لمنع الاعتداء على الحـق المقرر الثابت بعـدها ، فالأول حـق يعـد وسيلة لمقصـد ، وهـو الحـق الثابت بالوفاة ، والآن نتكلم عن حـق الدائنين والورثة وتنازعهما ، قبل أن نتكلم فى توزيع مال الميت .

١٣ ـ وأول ما يثـار فى هـذا الجزء من القول سؤال هو : هل تنتهى ذمة الميت بالوفاة ؟ إن من المقـرر أن الذمة أمر فرضى اعتبارى ، يفـرض ليكون محـلا للالتزام وللإلزام ، أى ليكون لتعلق الحقوق والواجبات بالشخص ، وإذا كان أمرا اعتباريا ، فإنه يصح فرضـه فى حال الوفاة ، كما يصح فرضـه فى حال الحيـاة ، ولكنـه يفترض لثبوت بعض الحقـوق للميت كتجهيزه وتكفينه ، وتنفيذ وصـاياه ، وقيـام واجبـات بتركته ، كسداد ديونه ، ولذلك قـرر كثير من الفقهـاء أن ذمة الميت تبـقى حتى تسـدد ديونه ، وتنفـذ وصـاياه ، بل لقـد قرروا أنه قـد تثبت له حقوق جـديدة بعـد الوفاة لم تكن ثابتة إذا باشر أسبابها فى حيـاته ، وتكون عليه واجبات جـديدة إذا باشر أسبابها فى حالة حيـاته أيضـا ، وضربوا لذلك مثلا ، إذا حفر حفرة ليصطاد فيها حيوانا ، ولكن لم يقع الحيوان فى الحفرة إلا بعـد الوفاة ، فإنه يكون تركة

= مادة ٩١٧ ـ إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأى طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضـافا إلى ما بعـد الموت ، وتسير عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك ، أ هـ .

وقـد قيدت التصرف بأنه لوارث كما ترى ، وما كان يسوغ ذلك ، إذ قـد يتحقق هـذا المعنى لغير الوارث كما يتحقق فى الوارث .

لـــه ، ويكون حكمه حكم ما كان لـــه من الأملاك • لأنه باشر السبب ؛ وكذلك إذا حفر حفرة فى طريق عام فتردى فيها إنسان أو دابة ؛ فإنه تثبت الدية ، ويكون الضمان فى تركته •

ولقـــد اشترط الحنفية لبقاء ذمة الميت بعـــد وفاته أن يكون لـــه مال ، أو يترك كفيلا بمـــا عليه من ديون ، وذلك لأن الذمة لا تفرض إلا لحاجة فكرية تدعـــو إلى فرضها ، وهـــو إذا مات من غير مال مطلقا ولا كفيل له فإن ديونه تذهب بالتـــوى أو تثبت فى بيت المـــال على رأى بعض قليل من متقـــدمى الفقهـــاء غير الحنفية يرون أن أداء ديون الغارمين من مصارف الزكاة ؛ وعلى كلا الرأيين لا يجب شيء على الميت ، وإذا كان لا يجب شيء لعـــدم جـــدوى الوجوب ، فلا يكون ثمـــة مقتض لفرض ذمة لشخص قضى نحبـــه • ولكن إذا كان لـــه مال فثمة وجوب ، والوجوب يقتضى ذمة يتعلق بها ، وإن كان الدين بعـــد الوفاة قـــد تعلق بالتركة أيضـــا لضـــعف ذمة الميت عن احتمال الدين وحـــدها ؛ وكذلك إذا كان ثمة كفيل قـــد كفل الميت قبـــل أن يموت ، لأن المطالبة لا تسقط بموت الأصيل مفلسا ، ولكن مطالبـــة الكفيل فرع مطالبـــة الأصيل • فلو سقط حـــق المطالبة عن الأصيل يسقط لا محالة عن الكفيل ؛ فلابد إذن من فرض وجـــــوب الأداء على الأصيل • ولابد حينئذ من فرض ذمة يتعلق بهـــا الوجوب •

وإذا مات من غير مال ولا كفيل فهل يجوز أن يكفل دينه أحـــد • ويكون ملزما بالأداء عنـــه اختلف فى ذلك الإمام والصـــاحبان ؛ فأبو حنيفة قـــال : أنه لا يجوز الكفالة التى تنشأ بعـــد موته ، إذا لم يكن له مال ، لأن شرط تحقق الكفالة أن يكون المكفول عنـــه مطالبا بأداء الدين ، وبموت الشخص من غير مال ، ولا كفيل عنـــــه فى حيـــاته تسقط عنه المطالبـــــة ، ويذهب الدين بالتـــوى ؛ فلا يمكن أن يتحقق معنى الكفالة الذى هـــو ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبـــــة •

وقال الصاحبان يصـــح أن تنشأ الكفالة من بعـــد وفاته استحسانا ؛ لأن بعض الصحابة كفلوا عن ميت ديونه بعـــد موته • وأقر النبى صلى الله عليه وسلم صنيعهم ، فكان هذا دليلا على صحة الكفالة بعد الموت والإلزام بمقتضاها ؛ لأن الدين لم يسقط ، ولكن لا نطالب به للعجز المطلق عن الأداء ، فصح ضمانه ، كما تصح الكفالة فى دين على العبد ، وإن كان عاجزا عن الاداء •

وعلى مذهب الصاحبين إذا تمت الكفالة يكون للميت ذمة ، كما لو كانت الكفالة قبل موته على ما بينا .

١٤ — من هذا الكلام يتبين أن الميت له ذمة ما دامت له تركة ، ولم تسدد ديونه أو لم تنفذ وصاياه ، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا ، لم تبق له ذمة قط ، وإذا انقطعت كل الالتزامات والحقوق ، وصار من الغابرين ، وقبل أن تسدد الديون تكون متعلقة بالذمة والتركة معا ، لأن الذمة وحدها لا تتحمل الديون ، إذ قد صارت ضعيفة بالموت ، وإن كان لم يزلها ، فلا تقوى على احتمال الديون وحدها ، فضمت إليها التركة ، لكى يمكن أن تستوفى الديون ، بتتبع الأموال ، لأنه وإن كانت ذمة الميت باقية لا يمكن تتبعه ليؤدى — فأقيم تتبع المال مقام تتبعه ، ليستوفى من المال ، بدل أن يلزم بالأداء من لا يمكن إلزامه .

١٥ — ولكن ما حق الورثة بجوار الديون ، ومتى تثبت الملكية لهم ؟ إنه بلا شك إذا لم تكن ثمة ديون فإن الملكية تثبت فور الوفاة ، بل لقد روى عن محمد أن الملكية تثبت فى آخر لحظة من لحظات الحياة ، بدليل أن الزوجية سبب من أسباب الميراث ، مع أن الموت يقطعها ، فلو كانت الملكية بالميراث بالزوجية عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها ، ولذلك فرضوا ثبوت الملكية فى آخر الحياة ، لتكون متصلة بالسبب ، أما إذا كانت التركة مدينة فقد اختلف الفقهاء فى وقت ابتداء الملكية ، أتبتدىء عقب الوفاة ، أم تبتدىء بعد سداد الديون ؟ لقد جاء فى حاشية السراجية ما يفيد أن ثمة خلافا بين أبى يوسف ومحمد فى هذا ، ففيها ما نصه :

(وقت جريان الإرث عند أبى يوسف ومحمد بعد موته ، وعليه مشايخ بلخ ، لأنه ما دام حيا مالك لجميع أمواله ، فلو ملكها الوارث فى هذه الحالة لأدى إلى أن يصير الشىء الواحد مملوكا لشخصين فى حال واحدة ، كلا ، وهذا غير معهود فى الشرع ، لكن عند محمد ملك الوارث يتعقب الموت ، وعند أبى يوسف لا يتعقب بل يتحقق إذا استغنى الميت عن ماله بتجهيزه وأداء دينه ، لأن كل جزء يجوز أن يكون محتاجا إليه بتقدير هلاك الباقى ، وعن محمد قبل موته فى آخر أجزاء الحياة وعليه مشايخ العراق ، لأن الإرث يجرى بين الزوج والزوجة ، والزوجية ترتفع بالموت ، أو تنتهى على حسب ما اختلفوا ، فبأى سبب يجرى الإرث بينهما ، عند البعض يجرى الإرث مع

موت المورث ، لا قبله ولا بعـده ... لأن انتقال الشىء إلى ملك الوارث مقارن لزوال ملك المورث عن ذلك الشىء ؛ فحين يتم الزوال يحصل الانتقال[9] .

وهـذا الكلام يصرح بالخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى وقت انتقـال الملكية ؛ فمحمد يراها عقب الوفاة ؛ وأبو يوسف يراها بعـد استغناء الميت عن أمواله ، أى بعـد تجهيزه وسداد ديونه .

ولم يفرق بين دين مستغرق للتركة ، ودين غير مستغرق للتركة ، ولكن جاء فى مبسوط السرخسى الذى شرح فيـه كتب الإمام محمد أن المذهب الحنفى هـو أن التركة إن كانت غير مستغرقة بالدين تنتقـل الملكية إلى الورثة عقب الوفاة ، فى قول أبى حنيفة وهـو قول علمـائنا ، وإن كانت مستغرقة بالدين لا تنتقل ، وهـذا نص المبسوط .

« قال علماؤنا رحمهم الله : الدين إذا كان محيطـا بالتركة يمنـع ملك الوارث فى التركة ؛ وإذا لم يكن محيطا فكذلك فى قـول أبى حنيفة ــ رحمـه الله ــ الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحـال من الأحـوال . لأنه يخلف المورث فى المـال ؛ والمـال كان مملوكا للميت فى حال حياته ، مـع اشتغاله بالدين كالمرهـون فكذلك يكون ملكا للوارث ، وحجتنا فى ذلك قـوله تعالى : « من بعـد وصـية يوصى بهـا أو دين » فقـد جعل الله تعـالى أوان الميراث ما بعـد قضاء الدين ــ والحكم لا يسبق أوانه ؛ فيكون حـال المـدين كحال حيـاة المورث فى المعنى ؛ ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته فـلا يخلفه وارثه فيه ؛ وإذا كان الدين محيطا بتركته فالمـال مشغول بحاجته ، وقيـام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بغير مالك ، ولكن تبقى ملكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته »[10] .

وفى هـذا الكلام بيان أن التركة المستغرقة بالدين باتفاق فقهاء الحنفية لا تثبت الملكية للورثة فيها ؛ لأن المـال كله مشغول بحاجة الميت ، فيعتبر كأنه حى ! ولقوله تعالى : « من بعـد وصية يوصى بها أو دين » وذلك يقتضى أن أوان الميراث هـو الوقت الذى لا يكون مشغولا بدين المورث ، ثم يبين أن المـال لا يكون سائبة من غير مالك يملكه ، بل هـو يكون على حكم ملك الميت

---

(9) حاشية السراجية للفنارى ص ٤٠ و ٤١ .

(10) المبسوط الجزء ٢٧ ص ١٣٧ .

أو فى ملكه ، لأن ذمته باقيــة حتى يتم استغناؤه عن ماله • أما غير المستغرق فإن الملك يثبت فــور الوفاة فى الجزء الذى يفضل عن الدين ، أى أن الدين يمنع الملكية فيما يقابله ، وإن لم يكن متعينا •

ولقــد صرح فى غير هــذا الموضع باتفاق العلمــاء فى المذهب الحنفى على أن المــال المستغرق بالدين لا يثبت فيــه ميراث ، حتى يسدد الدين ، فقــد قال فى كتاب النكاح ما نصــه : وأصــل المسألة أن المشغول بحاجــة المورث لا يمتلكه الوارث عندنا ، كالتركة المستغرقة بالدين ••• وعند الشــافعى رحمــه الله : كل ما كان مملوكا للمورث إذا لم يخرج بمــوته على أن يكون ممــلوكا للمورث يصير مملوكا للوارث »[11] •

ومعنى هــذا الكلام أن التركة المستغرقة بالدين مشغولة كلهــا بحاجــة المورث فلا تنتقل إلى الوارث •

١٦ — والذى يستخلص من مجموع هــذه النصــوص ان التركة إذا كانت مستغرقة بالدين ، فإنها تكون كلهــا مشغولة بحــق الميت ، فــلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقــاء ذمته ببقــاء حاجتــه فى مالــه ، أما إذا كانت غــير مستغرقة بالدين فعلى قــول أبى حنيفة الأول ، ولعــل أبا يوسف كان معه أنها تعتبر مشغولة بحاجته فــلا تنتقل أيضــا ، ولأن أوان نقــل الملكية هو ما بعــد سداد الدين كالنص الكريم ، وفى قــوله الأخير وهو قــول محمد ، ولعــل أبا يوسف رجع عن قوله كما رجع شيخه أن الملكية تنتقل إلى الورثة فى غير الجزء الذى يقــابل الدين •

وبذلك يتحرر أن المذهب الحنفى فى هــذا هــو أن الجــزء المشــغول من التركة بالدين يكون على حكم ملك الميت ، والجزء الذى لا يقــابل الدين يكون ملكا للورثة ، وهــذا هــو الذى صرح به فى الخانيــة فقــد جاء فيها ما نصه : « الدين وإن قــل يمنع ملك الوارث بقــدره كالكفن » أى أن الدين لا يؤثر إلا فيما يقابله من قــدر التركة ، فإن كان مستغرقا لهــا منعها كلهــا ، وإن كان مقابلا ببعضها منع فى ذلك الجزء •

وإنا نستظهر أن ذلك هــو المذهب ، لاتفــاق فقهــاء المذهب الحنفى

---

(١١) المبسوط جزء ٥ ص ١٢٠ •

على جواز القسمة . وتخصيص جزء للدين قبل سداده . وقالوا أن ذلك كان استحسانا ، وكان القياس ألا يجوز ؛ لأن الدين وإن كان يمنع التوريث فيما يقابله فقط — هو متعلق بالتركة كلها تعلق ضمان واستيثاق من الوفاء ، وسيتبين ذلك فى موضعه من القسمة .

١٧ — فى الفقه الإسلامى إذن بالنسبة لوقت ملكية الوارث نظريتان :

(إحداهما) نظرية الحنفية ، مما يستخلص من أقوال أئمتهم وهى أن ملكية الوارث تكون من وقت الوفاة فى الجزء الذى لا يقابل الدين . فالمشغول بالدين من التركة لا تثبت ملكيتهم فيه . بل يكون على حكم ملك الميت . أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب . لأن له ذمة تبقى إلى أن تسدد ديونه ، ويستغنى عن ماله استغناء تاما ؛ ولا يشغل من ماله إلا ما يحتاج إليه ولا يستغنى عنه . فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا ينتقل إلى الورثة شىء . وإن كانت غير مستغرقة ينتقل إلى ملك الورثة جزء شائع يعادل ما يبقى بعد سداد الدين .

وحجة هذه النظرية مستمدة من الآية الكريمة ، فإنه سبحانه وتعالى ذيل بيان الفرائض بقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين » فما يشغل بالدين من التركة هو خارج عن ملكية الورثة ، ولأن التركة إنما تكون فى مقدار ما يستغنى عنه الميت ، والجزء الذى يقابل الدين يحتاج إليه الميت لبراءة ذمته مما عليه من حق ، فيبقى على ذمته حتى تبرأ وتتعلق حقوق الدائنين بكل التركة على الشيوع ، لأن الجزء الذى يقابل الدين شائع فيها . وهو واجب السداد قبل أى حق فيها ، ما عدا التجهيز على ما سنبين . ولا ينساله الهلاك ، فما يهلك بآفة سماوية من التركة لا يسقط نظيره من الدين . بل إنه لا يسقط شىء ، إذ كل جزء مشغول بالدين للاستيثاق ، فيصير الدين ثابتا فى الباقى كاملا ، لأن الأساس هو عدم استغناء الميت عن التركة . أو عن بعضها حتى يسدد الدين ، ما دام ثمة تركة ودين يسدد ، فحاجة الميت إلى ماله ثابتة ، فيتعلق بالجزء الذى يساويه شائعا فيها كلها . وهى كلها بمثابة الضمان لسداده من غير تفرقة بين جزء وجزء ، والضمان فى كل جزء كامل غير منقوص .

هذه هى نظرية الحنفية . وإليها تميل عبارات الكتب المالكية . وتتجه

إليها أيضـا إحـدى الروايات عن الإمام أحمـد بن حنبل ، ورأى بعض الشيعة الإماميــة .

(والنظرية الثانية) نظرية جمهور الشافعية ، وهى أن التركة ، ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة ، فتكون على ملكهم ، ولكن الديون تكون متعلقة بهـا ، إذ هم خلفاء الميت ، وتتحقق هـذه الخلافة بمجرد الوفاة ، إذ الأمور تتراخى عن أسـبابها ، إلا لمـانع يمنع عمـل الأسـباب ، والموت سبب للتوريث فتحقق الوراثة فـوره ، ووجود الديون متعلقة بالتركة ، وكونها مشغولة بحاجـة الميت لا يمنع تحقق الوراثة ، إذا كان ذلك التعلق للاسـتيثاق من الأداء ولضمان حقـوق الغرماء ، وذلك ليس بمـانع من تحقق الوراثة ، كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهـونة للمدين ، ومثل تعلق الديون بالتركة كمثل الرهن ، فهما فى الجملة سواء .

وحجة هـذه النظرية فوق ما تقـدم قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك مالا أو حقـا فلورثته) وأن التركة لو لم تنتقل إلى الورثة ، لكان يستحق فيهـا بالميراث كل من كان غير وارث لمـانع وقت الوفاة ، ويزول المـانع قبـل سداد الديون ، وهـذا باطل فيبطل ما يؤدى إليه .

وقـد يجاب عن الأول بأن المـال أو الحق إنما يكون للورثة بعـد الدين كنص الآية الكريمة ، فالحـديث مقيـد بها ، ويجاب عن الثـانى بأن حـق الوارث ثابت فى الزائد عن الدين من وقت الوفاة ، لا من وقت القسمة ، فهـذا الدليل لا يرد عن النظرية الأولى(١٢) .

ولقـد وافق الشافعية فى هـذه النظرية أشهر الروايات عن أحمد بن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الاثنا عشرية كما ذكرنا .

١٨ — وقبل أن نتبين الآثار المترتبة على اختلاف هاتين النظريتين ، نذكر صلتهما بالقضية التى اشتهرت بين القانونيين على أنهـا نظرية شرعية ، وهى : « لا تركة إلا بعـد سداد الديون » فاننا إن فسرنا هـذه الجملة تفسيرا حرفيا كما يفهم بعض القانونيين بمعنى أنه لا ملك للورثة إلا بعـد سـداد الدين ،

---

(١٢) قـد ساق الأدلة وبينها بالتفصيل المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بلل الله ثراه فى بحثه عن التركات ص ١٧ و ١٨ .

نجـدها تنطبق أنطباقا حرفيا على التركة المستغرقة بالدين على نظرية الحنفية ، أما انطباقها على التركة غير المستغرقة بالدين فـلا يمكن تطبيقها حرفيـا ، بل تخرج على أن المراد بهـا أنه لا تخلص التركة للورثة خلوصا مستقرا ثابتا غير قابل للنقض إلا بعـد سداد الدين . فإنها قبل ذلك لا تخلص لهم ذلك الخلوص ، بل يكون حقهم فيها شائعا ، والهلاك السماوى يكون عليهم ، وإن قسمت مـع ذلك قبـل سـداد الديون ، فإن القسمة تكون قابلة للنقض ، وهـذا يقتضى أن نصيبهم فى التركة لا يخلص خلوصا مستقرا قبل السداد ، ولكن ليس معنى ذلك أن لا ملكية لهم قبل السداد فى حال عدم استغراق التركة بالدين(١٣) .

أما على نظرية الشافعية فإن هـذه القضية لا تنطبق مطلقا ، لا فى حال استغراق التركة ولا حال عـدم استغراقها . لأن الملكية تثبت لهم فى التركة فـور الوفاة ، وعلى ذلك يكون من يفهم أن قاعـدة لا تركة إلا بعـد سـداد الدين مؤداها ألا تكون ملكية للورثة ، ولو لم تكن التركة مستغرقة بالدين ـــ فهمـه خطـأ لا يستقيم على مذهب الشافعى مطلقا . ولا يستقيم على مذهب الحنفية على النحو الذى حررنا به نظريته تحريرا دقيقا كما جاء عن أئمته الأعلام .

ويظهر من فحوى عبارات المذكرة التفسيرية التى صحبت القـانون المدنى الجديد وهو مشروع أن واضعيها فهموا منها أنه لا ملكية للورثة إلا بعد سداد الدين ولو كانت مستغرقة : فقـد جاء فى هـذه المذكرة ما نصه : « جعل هـذه الشريعة (أى الإسلامية) هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنهـا

---

(١٣) قـد جرى ذلك الفهم الخطأ فى كثير من أحكام المحاكم المختلطة حتى أنها عندما ارتضت أن يجرى الإرث فى التركات الموسرة التى كانت ديونها ضئيلة بالنسبة لقيمتها ـــ اعتبرت ذلك تخفيفا من القضاء لقاعـدة « لا تركة إلا بعـد سداد الديون » فقـد جاء فى أحـد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته « إن القضاء لطف من شدة القاعـدة التى تقضى بأن لا تركة إلا بعـد سداد الدين ، بتقرير أنه متى كانت التركة موسرة ، فإنه يتقرر حـق الورثة فى الحال ، ويجوز اقتسامها والتصرف فى أعيانها ، وتسرى تصرفاتهم فيها على دائنى التركة ، ما دامت لا تؤثر فى يسارها » (حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ ٢ من ابريل سنة ١٩٣٥) .

ونرى أن عبارة الحكم صريحة فى أن إجازة اقتسام التركة ، إذا كانت موسرة هو من تخفيف القضاء من حـدة المبدأ الشرعى « لا تركة إلا بعـد سداد الدين » والحقيقة أن شدة المبدأ أخـذت من فهم فهموه بهـذه الشدة ، أما الشرعيون فما قرروه بهـذا الوضع ، أنهم أجروا التوريث ما دامت غير مستغرقة . وأجازوا استحسانا ـــ اقتسامها وتخصيص جزء للدين ، وأجمعوا على ذلك تقريبا على ما سنبين إن شاء الله تعالى فى قسمة التركة .

انتقال ملكية التركة إلى الورثة • فيجب إذن تطبيق القاعـدة الشرعية المعروفة بأن لا تركة إلا بعـد سـداد الدين ، وهى قاعـدة رشيدة تفصل ما بين شخصية الوارث والمورث ••• ولكن الأخـذ بهـذه القاعـدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات » •

فان مجرى هـذه العبارة يفيد أن الملكية فى التركة لا تثبت إلا بعـد سداد الدين إذ جعـل تطبيق هـذه القاعـدة مترتبا على الأخـذ بنظرية الشريعة فى انتقال ملكية التركة ، كما يزعم • وقـد بنيت الأحكام الرئيسية فى التصفية على هـذا النحو من الفهم ، وقـد علمت ما فيه من الناحية الشرعية •

١٩ ـ وقـد ترتب على الاختلاف ما بين هاتين النظريتين الشرعيتين السابقتين ، اختلاف فى بعض الأحكام المتصلة بالتركة ، كان الاختلاف فيها ثمرة لاختلاف النظريتين • ومن هـذه الأحكام :

(أ) **نماء التركة :** فإن التركة قـد تنمو فى الفترة التى بين الوفاةوسداد الديون كشجر أثمر ، وزرع أحصد ، ودابة سمنت ، أو نتجت ، وكذلك غـلات التركة كأجرة دار للسكنى ، أو أرض للزراعـة ، فكل هـذا يعتبر نماء للتركة أو خراجا لهـا ، وقـد اختلف الفقهاء فى ملكيته ، لاختلافهم فى ملكية التركة على اختلاف النظريتين السابقتين ، فالحنفية ومن مالوا إلى اتجاههم الذين يقررون أن ملكية الورثة من وقت الوفاة تكون فى الجزء غير المشغول بالدين ـ يقررون أن ملكية النماء تكون على ذلك النحو ، أى أن الدائنين تتعلق حقوقهم بالنمـاء بالقـدر الذى كان متعلقا بأصل التركة ، فإذا كانت التركة كلهـا مستغرقة بالدين فإن حـق الدائنين يتعلق بكل النماء ، حتى تستوفى ديونهم ، وما يفضـل يكون للورثة ، وإن كانت التركة غـير مستغرقة بالدين ، فإن الدين يتعلق بالنمـاء بمقـدار تعلقـه بالتركة ، أى أنه يتعلق بالنمـاء بمقـدار ما يشغل الدين من التركة ، وبهـذا صرحت كتب الحنفية والمـالكية وبعض الحنابله الذين نهجـوا منهـاج الحنفيـة •

وجمهور الشافعية الذين يرون أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفـاة ، ولا يعتبرون تعلق الديون بالتركة مانعـا من ثبوتهـا ـ يرون أن نمـاء التركة وغلاتها يكون ملكا للورثة ، ولا يتعلق بهـا حق الوارثين لأنها نمـاء ملكهم ، والديون قـد تعلقت برقبـة التركة لا بنمائها ، لأن النماء ثمرة الملكية كالعبـد المتعلق به أرش جناية أو عقوبة مالية فى جناية ، فإنها تكون متعلقـة برقبته ،

وخـدمته وأجرته حـق لسيده لا لأصحاب ذلك الحق الذى تعلق برقبته ؛ فكذلك هنا ، ومثل ذلك أيضا زوائد الرهن ، فإنهـا تكون ملكا للراهن . ولا يتعلق بهـا حق المرتهن . كما تعلق بالأصل .

وكذلك يفرقون بين العين ونمـائها ؛ فالعين يتعلق بهـا الدين ، والنمـاء لا يتعلق به دين . ووجـه التفرقة أن العين آلت إليهم ملكيتها محملة بالدين ، لضـعف ذمة المدين بالموت عن تحمـله ، أما النمـاء فنشأ على ملكهم نشأة مستقلة ، فتثبت ملكيتهم فيه متحررة من ربقـة الدين . ولقـد صرحت بذلك كتب الشافعية ، حتى لقـد صرحوا بأنه إذا كان فى التركة حيوان . فسمن ، والسمن نماء متصل ؛ فإن قـدر السمن يكون ملكا للورثة . فعند بيـع العين يكون فرق الثمن الذى أوجـده السمن حقـا خالصـا للورثة ، وليس للدائنين فيـه حـق .

ولقـد نهج منهاج الشافعية بعض الحنابلة الذين قرروا أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة بالدين كما نوهنا .

ولكن الكثيرين من الحنابلة ، على أن الدين يتعلق بالنمـاء . كما يتعلق بأصل التركة ، ومن هؤلاء من وافقوا الشافعية فى نظريتهم فى الملكية . ولكنهم خالفوهم فى ذلك ، لأن الملكية وإن كانت ثابتة للورثة ؛ فقـد تعلق بالتركة حـق الدائنين ، فيتعلق حقهم بالنماء ، لأنه تابع للتركة ، وحيث كان الدين متعلقـا بالأصل . فإنه يكون متعلقا بالتبع . ألا ترى أن الملكية تثبت فى النمـاء تبعـا للورثة فيثبت الحـق عليـه تبعا للأصـل أيضا ، ومثل ذلك مثل حـق العين المرهونة عند هـؤلاء الحنابلة . فإن ثمارها يكون رهنا تابعا لهـا ، كما كانت هى رهنـا قـد تعلق الدين بهـا . وعلى هـذا يكون النمـاء ضامنا للدين كما ضمنته العين ، ويكون للدائنين الحـق فى استيفاء ديونهم منه ، كما استوفوه من الأصل ، إذ لم يكن الأصل كافيا .

(ب) مئونة التركة من نفقات للحفظ والصيانة ، أو التغذية والإبقاء وحفظها من الفناء — تكون على مقتضى نظرية الحنفية ومن نهـج مثل منهاجهم — من التركة نفسها ، لأن التركة قـد تعلق بها حـق الدائنين بقـدر ما يفى بحاجتهم وما بقى فهـو للورثة . وإن لم يكن فى التركة ما ينفق منـه كانت النفقات بين الدائنين والورثة ، كل على قـدر حصته على أن يضـاف إلى الدين ما أنفق ، أو يستدان عليها لأجل الإنفاق بأمر القاضى .

أما على نظرية الشافعية الذين يعتبرون الملكيــة ثابتــة للورثة من وقت الوفاة فإنها تكون على الورثة ؛ لأنهم المــالكون لهــا ، وإن كانت حقوق الدائنين قــد تعلقت بها لاستيفاء ديونهم ، وكان ينبغي أن تكون نفقات التغذية والإبقاء على الورثة ، لأن الملكية لهم ، ونفقات الحفظ والصيانة على الدائنين ، لأن حقهم قــد تعلق بها ، ومثل ذلك مثل العين المرهونة تكون نفقات الحفظ والصيانة على المرتهن ، ونفقات التغــذية والإبقاء على المــالك ، ولعل الشافعية لم يعتبروا ذلك الحــق الذى للدائنين كحــق الرهن ، لأن الرهن عقد تراضى الطرفان عليه ، بل اعتبروه كأرش الجنــاية على العبــد (أى العقوبة المــالية لجنــايته) فى تعلقها برقبته فإن ذلك لا يكون نتيجة لاتفــاق بين المجنى عليه والسيد ، ولذلك تكون كل نفقات العبد على مالكه ، وإن تعلق الحق برقبته .

(جـ) ما يجــد من الملك ، وهى الأمور التى باشر المــالك أسبابها ، ولم يتم الملك فيهــا إلا بعــد موته ، كان يكون قــد حفر حفرة فى ملكه ، ليصطاد فيها حيوانا ، فوقــع فيها الصيد بعــد موته ، فإنه يكون حكمه حكم سائر التركة على رأى الحنفية ، من حيث إن حقــوق الدائنين تتعلق به سيرا على مقتضى نظريتهم ، ومن نهج نهجهم ، وعلى نظرية الشافعية ، ومن نهج نهجهم يكون معتبرا كالزوائد ونمــاء الملك ، ليكون ملكا للورثة فقط ، فلا يتعلق به حــق الدائنين ، فحكمها حكم النمــاء من كل الوجــوه ، ويجرى فيه ما جرى فى النمــاء من خـــلاف .

(د) ثبوت الشفعة ، بأن يكون فى التركة حصة شــائعة فى عقار ، وللميت شريك فيــه ، فبــاع الشريك حصته ، فإنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق فقــد اتفق الفقهاء فيما يظهر على ثبوت حق الشفعة فيها ؛ لأن جزءا من التركة على ملك الورثة ، وإن لم يكن خالصا على نحو ما بينا ، وإذا كانت لهم حصــة شائعة فإنه بمقتضاها يثبت حــق الشفعة ، لأن الورثة شركاء على الشيوع ، وعلى ذلك لا تظهر ثمرة لاختلاف النظريتين فى هــذا الحال إنما تظهر ثمرة الخلاف إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فعلى نظرية الحنفية والمــالكية وبعض الحنابلة لا تثبت الشفعة للورثة ، إذ كانت التركة فيها حصة شــائعة ، وباع الشريك حصته أو بعضها ، لأنه لا ملكية للورثة فى هذه الحال وملكية الشفيع وقت البيع للعقار المشفوع به شرط لثبوت الشفعة، فحيث انتفت لا تثبت . أما الشافعية وأكثر الحنابلة فيثبتون حــق الشفعة للورثة ، لأنهم مالــكون ، فحق الشفعة قــد استوفى شروط تحققه فيثبت ، ولا يمنع ثبوت ذلك كون الدائنين قد

تعلق حقهم بالتركة على ما بينـا ، ومن البديهى أنه ليس للدائنين حـق الشفعة كالورثة ، لأن حقهم إنما هو للاستيثاق من الاستيفاء . وليس بحق ملك فلا يتحقق بالنسبة لهم حـق الشفعة .

(هـ) فى التصرف والقسمة - فإنه إذا كانت التركة مستغرقة بالدين لا تصح قسمتها بين الورثة ، ولا يصح التصرف منهم فيها على نظرية الحنفيه ، أما على نظرية الشافعية فإنه تصح القسمة . ويصح على قول بعضهم تصرف كل وارث فى حصته قبل القسمة إذا أدى ما عليها من دين . لأن حـق الدائن هـو فى تتبع العين وعلى كل حصـة من التركة حصـة من الدين . فإذا حصل تصرف فيها ، فإن التصرف صحيح غير قابل للنقض إذا سـدد ما يخص حصته من دين ، ويجوز النقض قبله . وذلك مبنى على أن مذهب الشافعية يسوغ تجزئة الضمان بمقـدار حصص الوارثين ، أما على مذهب أبى حنيفة فلا يجزأ الضمان ، ولذلك يكون كل تصرف قابلا للنص ما لم يوف الدين كاملا ، ولـو كان غير مستغرق ، ولذلك فضل بيان عند الكلام فى القسمة - والتصرف فى التركة[14] فلنؤجله إليها .

مراتب الديون وأحوالها

٢٠ ـ يتبين من كل هـذا أن الديون تتعلق بالتركة . وبينا اختلاف النظريات الفقهية فى ثبوت الملكية للورثة مع تعلق حق الدائنين بالتركة - ولكن بقى جزء - وهـو قـوة تعلق حقوق الدائنين بالتركة ، فهل قـوة التعلق متساوية فى كل الديون ؟ إنه مما لا شك فيه أن الديون ليست متساوية فى قوتها . وإن اتحدت فى تعلقها . ومن المتفق عليه أن الديون التى تعلقت بالتركة أو ببعضها قبـل الوفاة أقوى من الديون التى لم تتعلق بالتركة إلا بالوفاة - أو بعبارة أدق لم يظهر تعلقها بالتركة ، إلا بعـد الوفاة ، فإذا كان فى الديون دين قـد وثق برهن من التركة قبل الوفاة ، فهو أقـوى من سائر الديون التى لم يكن لها هـذا التوثيق ، ولذلك تكون الأعيان المرهونة مخصصة لسداد الديون المتعلقة بها . فلا يسدد منها سواها إلا بعـد سداد ديونها منها ، وما بقى يكون لسائر الغرماء الذين لم يكن لهم ذلك التوثيق العينى فيها .

ولقـد قرر الشافعى هـذا وأعطى الديون الموثقة برهن حقا فيه بحيث يكون

---

(١٤) قـد ذكر استاذنا المرحوم الشيخ احمد ابراهيم (بك) ثمرات الاختـلاف مجملة وعـددها كلها فى بحثه فى التركات ص ٦ و ١٩ .

كل جزء منه ضامنا لها ، ولا يتجزأ الضمان قبل الوفاة بذيونها ، فلا تخلص حصته منها بسداد ما يخصها من ديون ، بل لا خلاص لأى جزء من التركة الا بسداد الديون كلها إذا كانت كلها مرهونة ، فليس لأى وارث أن يختص بجزء من التركة فى هذه الحالة ، ويسدد ما يخص سهامه من الديون ، إلا إذا ارتضى الدائنون ذلك ، فإنهم إن ارتضوا فقد تنازلوا عما لهم من حق ، وكل صاحب حق له أن يترك حقه وما لأحد عليه من سبيل فى ذلك .

وقد خالف الشافعى نظريته التى تسوغ تجزئة الضمان ، إذا لم تكن التركة مرهونة قبل الوفاة ؛ ولذلك فرق بين الرهن الجعلى الذى يكون بإرادة المورث قبل وفاته ، والرهن الشرعى الذى يجعل التركة كلها قد تعلق بها حق الدائنين بأن الأول لا يمكن تجزئة الضمان فيه ، أما الثانى فالضمان فيه عند الشافعى يقبل التجزئة بسداد كل وارث ما يخص حصته من دين ، واساس هذه التفرقة ان الوارث يخلف مورثه فى ماله ، ويكون له فيه كل ما كان لمورثه من حقوق ، ولم يكن سائغا للمورث أن يسدد بعض الدين ، ويفتك ما يقابل ما سدده من العين ، فكذلك لا يكون سائغا للوارث ذلك ، ولكنه إذا لم يكن رهن كان يسوغ للمورث أن يبيع بعض ماله ليسدد الديون غير الموثقة برهن ، فكذلك ينتقل ذلك الحق إلى الوارث ، هذا هو المذهب الشافعى .

وقد علمت أن المذهب الحنفى يجعل الضمان فى التركة غير قابل للتجزئة سواء أكانت الديون موثقة برهن ام كانت غير موثقة ، بيد أن الديون الموثقة بالرهن تسدد أولا من الأعيان المرهونة ، ولا ينازعها غيرها فيها ، حتى يكون فضل فى قيمة العين ، فيكون لسائر الديون ، هذا وكون الدين الموثق برهن أو نحوه مقدما فى الأداء من العين المرهونة لا يمنع انه أيضا متعلق بسائر التركه إذا لم يكن فى المرهون وفاء ، أو هلك بعض الباقى المرهون ، ولم يكن فى الرهن وفاء ، فإن الباقى يكون فى التركة ، ولكنه على أى حال يستوفى أولا من العين التى تعلق بها الدين .

ولقد جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته : « إن الدائن إذا كان له رهن على بعض أعيان التركة ، ليس له حق فى غير الأعيان المرهونة إلا إذا ثبت أنها لا تكفى لأداء الدين يوم مطالبته بالأداء ، لا يوم إنشاء الدين ، ولا يوم فتح التركة ، وإثبات أن الأعيان المرهونة لا تكفى للوفاء بالدين ، يكون عبؤه على الدائن ، لأنه عقد الرهن مختارا ، والظاهر المفروض أنه ما قبله إلا على أساس أنه يكفى لضمان الوفاء ، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لا

يكفى يكون مدعياً خلاف الظاهر، والإثبات واجب على من يدعى خلاف الظاهر[١٥] • وبهذا يقرر الحكم أن الدائن الذى تعلق حقه بعين لا يطالب إلا منها ، ولا يطالب فى غيرها إلا إذا أثبت أنها لا تكفى لأداء دينه يوم مطالبته بالأداء ؛ وهذا نظر غير بعيد عن مقصد الشريعة ، بل هو نظر حكيم لتنفيذ مبادئها تنفيذاً سليماً فى الجملة[١٦] •

٢١ — والديون التى ليست متعلقة بالأعيان قبل الوفاة ليست مرتبة واحدة فمنها ديون الصحة ، ومنها ديون المرض ؛ وديون الصحة هى الديون التى تثبت فى حال الصحة بالبينة أو الإقرار ، والديون التى تثبت بالبينة فى حال المرض — والديون التى باشر المريض أسبابها فى مرضه كثمن ما اشتراه ؛ أو دين اقترضه فى حال مرضه فهذه الديون كلها لا تعد ديون مرض ، لأنها ثابتة فى حال الصحة أو ثابتة فى حال المرض بحجة كاملة تثبت على الكافة ؛ ولا تعتبر حجة قاصرة • أما ديون المرض ؛ فهى الديون الثابتة فى حال المرض بإقرار المريض فى مرضه فقط من غير حجة سوى الإقرار الذى حدث فى مرض الموت ؛ والحنفية وحدهم هم الذين فرقوا بين ديون المرض • وديون الصحة • وجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين دين ثبت بالإقرار فى حال المرض وغيره ، والأساس فى ذلك عندهم أن حقوق الدائنين تعلقت بمال المريض فى حال مرضه الذى اتصل بالموت ، وإذا كانت حقوق الدائنين قد تعلقت بها • فلا يلزمهم ما يثبت بالإقرار فى حال المرض ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر على ما هو مقرر فى باب الإثبات ، والإقرار فى حال الصحة يلزم الكل ؛ لأن الديون فى وقت الصحة محلها الذمة ؛ فكل إقرار بدين يجعل الذمة مشغولة به ، فإذا جاء المرض الذى اتصل بالموت • فإن كل دين يتعلق بالأعيان مع الذمة •

ومن جهة أخرى فإن الدين الذى يثبت بالإقرار وحده فى حال المرض من غير أى قرينة تؤيد الإقرار يكون الإقرار مظنة المحاباة ، والمحاباة فى مرض

---

(١٥) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ إبريل سنة ١٩٣٥ •

(١٦) يذكر الفقهاء الديون التى تتعلق بالأعيان ، فيذكرون منها : (أ) الرهن : فإن الدين يكون متعلقاً بالعين المرهونة • (ب) والعبد الذى جنى جناية توجب ارشا اى عوضاً ماليا ، فإن الحق يكون متعلقاً برقبته يباع فى سبيله • (جـ) العين المستأجرة إذا قدم المستأجر اجرتها ، فان العين تكون مرهونة بالأجرة التى عجلت • وهذا على راى من يرى ان الإجارة تنفسخ بموت احد المتعاقدين • (د) والمشترى إذا مات مفلساً ولم يكن دفع ثمن المبيع ، فإن الثمن يتعلق بالمبيع إذا لم يقبض (اى المبيع) عند الحنفية ، وقبض أو لم يقبض عند الشافعية •

الموت فى حكم الوصايا • وهى تؤخر عن الديون ، فلدفع هذا كانت ديون الصحة مقدمة فى الأداء على ديون المرض ، بحيث إذا كانت التركة لا تكفى الدينين استوفيت منها أولا ديون الصحة فإن بقى شىء قسم بين أصحاب ديون المرض بنسبة ديونهم •

أما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين ديون صحة وديون مرض ، لأن الإقرار حجة ملزمة لا تلغى إلا إذا ثبت نقيضها ، فما لم يقم دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت ، وتعلق حق الدائنين إنما يثبت أو ينكشف بالموت ، وهو حق فرضى اقتضاه الفرض ، فلا يتوسع فيه ، ولأننا لو ضيقنا الإقرار ، أو ضيقنا حدوده لكان فى ذلك تضييق على المريض فى سبيل إبراء ذمته ، وتبريد جلدته كما عبر الأثر •

وعلى ذلك تكون الديون غير المتعلقة بالأعيان سواء ، فإذا كانت التركة لا تتسع لكل الديون وفيها ديون صحة وديون أقر بها المريض فعلى مذهب جمهور الفقهاء يكون لكل دائن مقدار بنسبة دينه من غير تفرقة بين دين صحة ودين مرض ، بل الجميع سواء •

ديون الله وديون العباد

٢٢ — هذه مراتب الديون ، وهى ثلاثة على مذهب الحنفية كما رأيت : ديون تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، وديون لم تتعلق بالأعيان قبلها ، وهى ديون صحة ، ثم الدرجة الأخيرة ديون المرض لغير الوارث • أما الإقرار فى المرض للوارث فلا ينفذ إلا باجازة الورثة ، أى أنه يتأخر كما ترى عن حق الورثة فلا يعد من الديون(١٧) •

ولكن ما هى الديون المعتبرة التى تتعلق بالتركة وتتقدم على حقوق الوارثين أهى عامة شاملة ، فتشمل ديون الله سبحانه وتعالى ، ومنها الزكوات ، أم هى مقصورة على الديون التى لها مطالب من العباد ؟

لقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء فى هذه المسألة ، فالحنفية يرون

---

(١٧) وهذا لخشية المحاباة ، ولكن قانون الوصية أجاز محاباة بعض الورثة ، فيكون — بمقتضى أحكامه الإقرار فى المرض للوارث نافذا فى حدود ثلث التركة .

أن الديون الثابتة هي التى للعباد ، أى التى لهـا مطالب من العباد ؛ أما ديون الله سبحانه وتعالى التى ثبتت حقـا للفقراء . وليس لها مطالب معين من الناس كالزكـوات ، والكفارات ، والنـذور ، فإنها لا تثبت دينـا يتعلق بالتركة بعـد الوفاة . ويقـدم على الوصايا والمواريث . وقال جمهور الفقهاء أن ديون الله سبحانه وتعالى التى وجبت بإيجابه سبحانه وتعالى تكون واجبة ومتعلقة بالتركة ويتقـدم الوفاء بها على الوصايا والمواريث . وإن أوصى بهـا لا تكون مقيدة بالثلث ، لا ينازعها غيرها من الوصـايا لأنهـا مقـدمة على أصـل الوصـايا والمواريث ، فالوصية بها كالوصية بأداء دين ثبت لا يكون الوجوب فيه بالوصية بل يكون الوجـوب بغيرها . لكن كانت الوصـية لتأكيد الاداء . وللإعـلام بالوجوب ، كمن يقر بأن عليه دينـا للعباد ؛ ويوصى بأدائه . بخـلاف المذهب الحنفي فى ذلك ، فإن الوجوب فيها لا يثبت على هـذا المذهب إلا بالوصية بعـد أداء الديون ، ويؤدى من الثلث فقط . ولا يتجاوزه إلا باجازة الورثة .

وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم فى هـذه القضية أمران :

(أحـدهما) أن حقوق الله سبحانه وتعالى المـالية عبادات عند الحنفية . ولا تؤدى إلا بالنية والاختيار . وحيث مات الشخص فقـد فقـدت النية . وفقـد الاختيار ، فلا تؤدى من ماله . ولا يؤدى أحـد عنه وجوبا ، لأن من يؤدى عنه يجب أن يكون أداؤه بإنابته وأمره . ولو أدى الوارث أو من يقيمه القاضى فليس لواحـدة منهما صـفة الإنابة الموجبة ، وإن ادى الوصى المختـار من غير إنابة فهو مثلهما . وإن أنابه فقـد أنشأ وصية . ويؤدى بهـذه الصفة . فتؤخر عن الديون التى لها مطالب من العباد .

أما على رأى جمهور الفقهاء فهذه التكليفات من زكوات وصدقات مئونة المال وتكليفات قائمة به ، لا تحتاج إلى النية . ولذلك تجب فى مال الصغير والمجنون والمعتوه ، وإن لم تتحقق منهم نيـة عبادة . ويستدلون على ذلك بورود الآثار الموجبة للزكاة فى مال اليتامى ؛ مثل قوله صلى الله عليه وسلم (من ولى على يتيم فليؤد زكاة ماله) ولأن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقـد وجـد . أما الحنفية فيستدلون لرأيهم بأن الزكوات والصـدقات والنـذور أفعال شرعية ، والأفعال الشرعية لا تكون إلا من مكلف كامل التكليف تصـح منه النيـة ، والآثار الواردة فى هـذا الباب التى يستدل بهـا الجمهور ليست صحيحة فى نسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فى نظر الحنفية .

ولهـذا المعنى ، وهو اعتبار الحنفية الزكوات والكفارات عبادات ـ لم تكن ديونا ثابتة فى التركة ، ولذلك ما اعتبروه من الزكوات مئونة لا يحتاج إلى نية ، وهـو زكاة الزروع والثمار ـ اعتبروه دينا قائمـا فى الزرع والثمار بعـد الوفاة ، إذا كان الزرع والثمار اللذان لم تؤد زكاتها قائمين بذاتهما فى التركة فإنه يؤخـذ منهما عشرهما أو نصف عشرهما ، (إن سقيا بآلة) ولو لم يوص بذلك ويكون مع الديون ، بل يكون كالديون التى تعلقت ببعض أعيان التركة قبل الوفاة ، ويؤدى من الزرع والثمر الذى وجبت فيه ، وهـذا ما جاء فى ظاهر الرواية ، وروى عن عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط بالموت كسائر الزكوات ، وكذلك الحكم إذا كان قـد استهلك على اختلاف الرواية عن أبى حنيفة لأن القيمة قائمة مقام العين ، سواء أكان المستهلك المـالك أم غيره ، ويكون دينا فى ذمة المـالك ، وقال أبو يوسف : إن أهلكه لا يكون دينا فى ذمته ، وترى من هـذا أن الحنفية أسقطوا من التركة الدين الذى اعتبر عبـادة ، وأوجبوه فى التركة ما اعتبر مئونة المـال . هـذا هو الأصل الأول الذى انبنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور . أما الأصل الثانى ، فهـو أن الزكوات وأشباهها وجبت فى المـال باعتبارها صلة ، لأنها لا يقابلها عرض مالى ، والصلات تسقط بالموت وهـذا عند الحنفية ، أما غيرهم فلم يعتبرها كذلك ، بل اعتبرها مئونة مالية ، كالخراج فى الأراضى الخراجية ، والعشر فى الأراضى العشرية .

٢٣ ـ لهـذين الأصلين يقرر فقهاء الحنفية أن الزكوات والنذر والصدقات يسقط أداؤها بعد الوفاة إذا لم يوص بها ، وليس معنى ذلك زوال كل أثر لتقصيره بل إن سقوطها فى الحكم الدنيوى ، أما الحكم الأخروى ، فأمره إلى ربه ، إذ هـو آثم بمـا ترك من واجب عليه .

وإذا كان جمهور الفقهاء يعتبرون الديون المتعلقـة بحقـوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء على أنها ديون كديون العبـاد ، فقـد اختلفوا فى مرتبة أدائها ، وإن اتفقوا على أنهـا مقـدمة على الوصـايا والمواريث ، وكانوا على أقـوال ثلاثة :

أولها : قول الحنابلة أنها تكون كديون النـاس المرسلة التى لم تتعلق بأعيان المـال ، فإن ضاق المـال عن الديون جميعها كان لكل دين حصة بمقـدار نسبته إلى الديون الأخرى ، لأن الديون التى تتقـدم على غـيرها هى الديون المتعلقة بأعيان الأموال ، فإن كانت الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى مرسلة فهى كسائر الديون المرسلة للعباد .

ثانيها : قول المـالكية ، وهـو أقرب الأقوال إلى مذهب الحنفية ، وهـو أن ديون العباد مقـدمة على الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى ، وهم يختلفون عن الحنفية فى أمرين : (أحـدهما) فى اعتبار هـذه الحقوق ديونا تثبت من غير وصية . (وثانيهما) أنها لا تحسب فى الثلث ، وتقـدم على الوصايا والمواريث ، ولكن المـالكية لا يجيزون أداء هـذه الديون - إلا إذا أشهد المتوفى على نفسه وهو حى أنها واجبة فى ذمته ، وهذا الإشهاد للإعلام لا للإيصاء ، ومن هنا يتبين التقارب بين المـالكية والحنفية مع الاختلاف فى جـوهر الأداء . وأساس هـذا الرأى أن القاعـدة المقررة أن الحق الذى لـه مطالب من العباد أولى بالأداء . فالله عفو كريم .

ثالثها : قول الشافعية أن ديون الزكوات إن كان نصابها قائما لم يهلك ولم يستهلك قبل وفاته ، أى أن المـال الذى وجبت فيه الزكاة لا يزال قائما بحاله فإن الزكاة تكون مقـدمة فى الأداء منه على أى حق سواها . وذلك لأن الزكاة بعضه وما كانت ملكيته كامنة للمتوفى ، إذ فيها حـق شائع للسائل والمحروم وليس للمتوفى منه إلا باقى هـذا المـال بعـد حق الفقراء فيه ، فالزكاة تعلقت به كما تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة على الأقل . إذ أنه أقوى من ذلك بكثير ، وإن كان المـال الذى وجبت فيه الزكاة غير قائم ، بأن استهلك أو هلك فإن الدين ينتقل إلى ذمة من وجب عليه الحق ، ويكون كالكفارات غير المعينة فى شىء بعينه . وفى المذهب الشافعى فى هـذه الحال وجهان (أحدهما) أن يكون مؤخرا عن سائر الديون التى لها مطالب من العباد ، كقول المـالكية السابق . لأن مطالبة آحـاد العباد تجعل لحقهم قوة ليست فى ديون الله تعالى التى تعلقت بالذمة لا بالأشياء . والوجه الثانى أنهما يكونان سواء ، لأنه إن كان دين العبد قـد قوى بحق المطالبة التى يلزم بهـا القضاء ، فقـد قوى حق الله بأمرين آخرين (أحـدهما) ما أثر عنه صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « دين الله أحـق بالقضاء » فإنه يصرح بأن دين الله سبحانه وتعالى « أحـق بالوفـاء » . (وثانيهما) أن هـذه الديون ، وإن كان المطالب بها هو الله سبحانه وتعالى ، هى حق الفقير والمسكين ، والسائل والمحروم ، فهى أيضا من حقوق العبـاد . وقـد قـدس الله سبحانه وتعالى حقها ، فتولى المطالبة بها بهـذه التكليفات الشرعية . وهـذا الوجه هو الراجح فى المذهب الشافعى .

٢٤ — هـذا ويجب التنبيه إلى أن فقهاء الظاهرية يقـدمون كل حقوق الله سبحانه وتعالى على ديون العباد ، غير مفرقين بين حق قام بمال قائم إلى

وقت الوفاة ، وحق قد هلك ، أو استهلك ما قام به ، وانتقل الوجوب من التعلق بالشيء إلى التعلق بالذمة المجردة ، فيبدأ عندهم من ماله بأداء ما فرط فيه من زكاة وكفارة ، وحج ، فإن كان المال لا يكفي هذا كله أدى من كل بحصته من التركة ، أى قسمت التركة على هذه الحقوق بنسبتها ، وأساس هذه الفكرة عندهم صريح الخبر « دين الله أحق بالقضاء » فقد صح ذلك الخبر عندهم فلا تخريج فيما وراء النص ، فيؤخذ به على ظاهره •

هذا ولا شك أن المعمول به هو المذهب الحنفي الذى لا يعتبر حقوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء إلا إذا أوجبتها وصية ، وإذا وجبت بالوصية كان مقامها مقام الوصايا ، لا يلتفت إليها إلا بعد سداد الديون ، ولا تنفذ فى أكثر من ثلث الباقى بعد سداد الديون إلا باجازة من الورثة ، والله سبحانه وتعالى يتولى الجميع •

حلول الديون المؤجلة

٢٥ — الفقهاء المسلمون — إذا استثنينا الظاهرية — على أن الديون المؤجلة لا تحل بوفاة الدائن ، وذلك لأن الأجل من حق المدين ، ولا يؤثر فى ذلك الحق موت الدائن ، ولأن الدين محله ذمة المدين ، وذمة المدين لا تتأثر بوفاة الدائن ، فلا ينتقل الدين من الذمة إلى الأموال ، لأن المدين ما دام حيا ، فذمته صالحة لأن تشغل بالدين وجدها ، فلا يؤثر فيها وفاة غيره •

وقد احتج الظاهرية لحلول الدين المؤجل بوفاة الدائن بأن التأجيل اتفاق شخصى بين الدائن والمدين ، أساسه الثقة المتبادلة بينهما • وهذا الاتفاق المبنى على الثقة من الدائن للمدين لا ينتقل إلى ورثة المتوفى • ولأن المدين إذا توفى سقط الأجل عند الجمهور ، والتساوى فى الحقوق والواجبات يوجب أن يكون الموت سببا لسقوط الأجل ، سواء أكان الأجل حقا للمتوفى أم كان حقا عليه ، وليس بسائغ أن نجعله سببا لسقوط الأجل فى حال دون حال ، ورأى الجمهور هو الأرجح دليلا ، والأقوى نظرا ، لأن الموت لم يعهد سببا لسقوط حق المدين ، فلا يؤثر فيه بالإسقاط •

٢٦ — هذا إذا كان المتوفى هو الدائن ، أما إذا كان المتوفى هو المدين فالجمهور من الفقهاء على أن الديون المؤجلة تصير حالة ، وخالفهم فى ذلك

الحنابلة ، فقرروا أن الديون لا تحل بوفاة المدين ، كما لا تحل بوفاة الدائن •
ولقد اشترط المالكية فى حلول الدين بوفاة المدين شرطين :

(أحدهما) ألا يشترط المتداينان عدم حلول الدين بوفاة المدين ، فإن كان ذلك الشرط ، فإن الشرط شريعة المتعاقدين ، أو كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : مقاطع الحقوق عند الشروط ، فحيث كان الشرط وجب اتباعه ، وانتقل ممن له الحق إلى ورثته •

(وثانيهما) ألا تكون وفاة المدين بعدوان من الدائن ، لأن العدوان لم يعهد فى الشرع الإسلامى سببا لاكتساب حقوق لم تكن • إذ الحقوق نعم ، والمعصية لا توجد النعمة ، بل توجب العقاب ، وفى الجملة نقول أن الفقهاء ما عدا الحنابلة يقررون أن الأصل هو حلول الديون بوفاة المدين ، وسقوط الأجل فى كل الأحوال إلا ما اشترط مالك ، وقد بينا الأساس له من القياس الفقهى ، وحجتهم تقوم على أساس من الحديث ، والآثار والأقيسة الفقهية •

(آ) أما الحديث فهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه إلى أن يقضى عنه) فإن هذا الحديث يقتضى التعجيل بقضاء الدين فكا لهذه النفس المرهونة بالقضاء ، وذلك يقتضى سقوط الأجر تبرئة لذمته وتبريداً لجلدته •

(ب) وأما الآثار عن الصحابة والتابعين فهو ما روى عن ابن عمر وكثير من التابعين من أن الديون المؤجلة تحل بالموت ، وآراء الصحابة إذا لم تعرف مخالفة بينهم فيها تكون حجة واجبة الاتباع عند أكثر العلماء ، ولم يعرف لابن عمر مخالف فيما ارتآه فيكون كلامه حجة متبعة •

(جـ) وأما القياس فمن وجوه (أولها) أن التأجيل كان أساسه الثقة بالمدين ، وقد مات المدين ، فلم يعد الوجه الذى كان يطمئن به الدائن فينتظر إلى انتهاء الأجل ، (وثانيها) أن الأجل كان للترفيه عن المدين ليسعى فى وفاء دينه فى رفق ويسر بلا مشقة ، وبالموت ذهب كل أمل فى السعى ، فلم يعد فى التأجيل فائدة بل فيه كل المضرة بالمدين ؛ لأن تأخير الوفاة تأخير لبراءة ذمته التى أصبح فى أشد الحاجة إليها ، ليلقى وجه الله بريئا من كل حق للإنسان فى رقبته • (وثالثها) أن فى التأجيل ضررا بالوارث لأن فيه تأخيرا لاستخلاص حقه فى الميراث ؛ إذ أن الميراث لا يستخلص إلا بعد أداء الدين

لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . (ورابعا) أن التأجيل كان أساسه أن الدين وصف قائم بالذمة ، وإذا مات المدين فقد تعلق الدين بالمال ، ولا توجد ذمة قوية تحل به ، وأنه إذ تعلق بالمال كانت المصلحة فى التعجيل بأدائه لتفك رقبة المال ، أو بعض رقبته ببيع الآخر الوفاء به ، وإذا قررنا أن الدين يكون مؤجلا فلمن يكون حق التأجيل !! لا جائز أن يكون حقا للدائنين ، لأن فيه منفعة للدائن على مقتضى منطق الشريعة الذى يمنع الربا ، ولا جائز أن يكون حقا للورثة ، لأن كونه حقا لهم فرع ثبوت الدين فى ذمتهم ، وهو لا يثبت فى ذمتهم ، ثم فى التأجيل ضرر عليهم فى تأخير استخلاص حقهم كما بينا .

٢٧ ـ هذه حجة الجمهور فى قولهم أن الديون المؤجلة تصير حالة بموت المدين ، وحجة الحنابلة الذين رأوا أن الديون المؤجلة تستمر مؤجلة ، ولو مات المدين تقوم على أمرين :

أحدهما : قوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقا أو مالا فلورثته) ولا شك أن التأجيل حق للمدين ، اكتسبه باتفاق ورضا من الجانبين فينتقل إلى ورثته ، ككل حق كان للميت فى حياته إذهم خلفاء الميت فى كل ماله ، من حقوق .

ثانيهما : أن الأجل فى كثير من الأحوال يقابله بعض المال ، وذلك فى غير القروض ، بل يجىء فى ثمن الأشياء ، فإن عرف الناس فى القديم والحديث يجرى على أن يكون ثمن الشىء نسيئة أكثر من ثمنه معجلا ، فإذا حل ذلك الثمن النسيئة بموت المشترى كان فى ذلك غبن عليه وعلى ورثته من بعده ، ولذلك كان المعقول ألا يحل الدين بموته ، حتى لا يحل ذلك الغبن[١٨] . ومن الحق علينا أن نبين بعض التبيين مذهب أولئك الحنابلة الذين قرروا أن التأجيل لا يسقط بوفاة المدين ، لأنه كيف يسوغ التأجيل مع أن الدين لا يقوم

---

(١٨) جاء فى الدر المختار فى باب المرابحة ما يفهم منه انه إذا كان بعض الثمن مقابلا الاجل ، ومات المشترى فى أثناء المدة فإنه ينقص من الثمن مقدار ما يقابل الجزء الباقى من الأجل ، وقال إن فيه رفقا بالعاقدين ، وإن المتأخرين من علماء المذهب أفتوا به وان المولى ابا السعود ارتضاه ، وعندى ان هذا الاستنباط من المتأخرين لا يخلو من شبهة الربا ، والربا حرام ، وشبهته حرام .

بذمة الورثة(١٩) حتى يكون التأجيل حقا لهم : وكيف يسوغ التأجيل مع أن الأساس فيه الثقة بالمدين ؟ لقد قرروا أن الدين يستمر مؤجلا إذا طلب الورثة ذلك ، وقدموا رهنا • أو كفل الدين كفيل : ففى هذه الحال يستمر الدين الى أجله : وإذا كانت هناك ديون حالة تستوفى من التركة ، وما يبقى تسدد منه الديون المؤجلة التى وثقت بالكفالة أو الرهن ، بشرط ألا تقل العين المرهونة فى قيمتها عن مقدار الدين : وعلة ذلك بينة ، وإذا لم يكن ثمة عين مرهونة : ولا كفيل يكفل فإن الأجل فى هذه الحال يسقط للضرورة ، وتكون الديون المؤجلة كالديون الحالة : كل منها يثبت مستحق الوفاء من وقت الوفاة : وهذا معقول فى ذاته ، لأنه يجب الاحتياط للدائن والمدين معا ، وقد كان الاحتياط للمدين بوجوب الأجل إن تمسك به الورثة . لكيلا يذهب عنهم حق كان لمورثهم • والاحتياط للدائن كان بهذا التوثيق ، لأنه سيؤجل لغير من اشترط معه . فلابد من كفيل ملىء برضاه ، أو رهن يضمن الوفاء عند التقصير فى الوفاء • وهذا الحكم سائر . سواء كانت التركة مستغرقة بالديون ، أم كانت غير مستغرقة ، بيد أنه إذا كانت التركة مستغرقة بالديون والديون المؤجلة أكثر من قيمتها فإنه لا يشترط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين بل الشرط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة التركة : ونقول بإجمال : يشترط ألا تكون قيمته دون الأقل من التركة والدين • وبذلك يكون الكلام عاما للمستغرقة ، وغير المستغرقة ، على ذلك فإن الديون الحالة تقدم فى الوفاء من التركة إن وثقت الديون المؤجلة بكفالة أو رهن •

ويصير الدينان المعجل والمؤجل على سواء فى حالين :

(إحداهما) إذا تأخر سداد الدين الحال بسبب من الأسباب إلى ان حل الأجل ، فإنه فى هذه الحال يكون الدينان متساويين فى الأداء ، إلا إذا كان أحدهما قد تعلق بعين من أعيان التركة قبل الوفاء •

---

(١٩) يلاحظ هنا أن القاضى ابن ابى يعلى من الحنابلة برى أن الدين بعد وفاة المدين يكون فى ذمة ورثته بشرط الا يزيد عن قيمة التركة • ويعترض على هذا بأنه شغل للذمة من غير رضى من الوارث • وبان المقرر أن الدين يتعلق بالعين • ويستوفى منها ، ولا تخلص التركة للورثة من غير وفائه • فكيف يتعلق قبل الوفاة بذمة الميت وبعد الوفاة بذمة الورثة والعين ، وبأن المطالبة كيف تثبت على شخص من غير مباشرة أسبابها ؛ ولذلك كان هذا الرأى غريبا فى الاقيسة الفقهية .

(الثانية) حال الضرورة ، وهى إذا لم يوثق أداء الدين المؤجل برهن أو كفيل فإن الأجل يسقط كما ذكرنا ، ويكون كلاهما حالا •

٢٨ — وقبل أن نترك كلام الفقهاء فى هذا المقام نشير إلى أن بعض التابعين ومنهم الحسن البصرى ، وطاووس ، والزهرى ، وغيرهم — رأوا أن الديون المؤجلة لا تحل بالوفاة ، ولا حجة إلى أن توثق برهن أو كفيل إلى أن ينتهى الأجل ، ولا ضرر فى هذا إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون ، وتسع الديون الحالة والمؤجلة ، ولا تضيق عنهما •

وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، فقد استشكل الأمر بعض الباحثين ، وعندى أنه لا إشكال ، لأن التأجيل إنما هو حق الورثة ، فإذا كانت مستغرقة بالديون ، فإما أن نقول لا شأن لهم بها ، بل تكون حقوق الدائنين ثابتة فيها ، وبذلك لا يكون حق التأجيل لأحد ، لأن أصحابه قد بعدوا عن التركة ، وأما أن نقول أن حقهم لا يزال قائما ، وهو الملكية فإن التركة متعلقة بها الديون الحالة بنسبتها ، وما تبقى يكون لأصحاب الديون المؤجلة ، وليس لهم أن يبيعوا ما خص حصصهم إلا بعد انتهاء الأجل ، والنماء يكون للورثه على قول من يقول أن استغراق الديون للتركة لا يمنع الورثة من ملكيتها ونمائها •

٢٩ — ما ذكرناه كان حكم الفقه ، فلننتقل إلى حكم القانون المدنى الجديد فى الديون المؤجلة فى التركات ، وأول ما تراه فيه أن واضعيه فرقوا بين التركة المستغرقة بالديون ، والتركة غير المستغرقة ، فالتركة المستغرقة بالدين الأصل أن تحل فيها الديون المؤجلة كما قرر الذين وضعوا المشروع ، وكما هى القواعد العامة للتداين ، وبهذا سلكوا مسلك جمهور الفقهاء ، فلقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « التركة المعسرة تحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين » واعتبرت المذكرة التفسيرية الأحكام التى جاءت فى نصوص القانون خاصة بحلول الديون المؤجلة بناء على طلب الورثة وتجزئة الضمان مع التأجيل إن لم يطلبوا — اعتبرت ذلك فى التركة غير المستغرقة بالدين ، وعلى ذلك يكونون قد اعتبروا التركة المستغرقة بالدين الأصل فيها أنه لا شأن للورثة فيها كما هو مذهب الحنفية إلا أن يشاءوا استخلاصها بسداد كل ما عليها من ديون • وفى هذه الحال لهم أن يطلبوا مجتمعين أو من يريد الاستخلاص منهم إنهاء الديون على أن يسددوا فوائد ستة أشهر إن كان ثمة اتفاق على فوائد ،

كما هو حكم المادة ٥٤٤ من القانون المدنى[٢٠] ومهما يكن فذلك متفق مع ما نص عليه بالنسبة لغير المستغرقة فى الجملة .

أما حال عدم الاستغراق : ويسار التركة كما عبر مفسر القانون : فإنه اعتبر التأجيل حقاً للدائنين ، وحقاً للورثة ، أما اعتباره حقا للدائنين فللفوائد التى اتفقوا عليها مع المورث ، ولذلك وجب أن يعوضوا عن هذا الحق ، وذلك أخذا بمبدأ مقرر : وهو التعويض عن فوائد ستة أشهر من وقت الإعلان بحلول الدين[٢١] إذ أن الورثة إن اتفقوا على حلول الديون المؤجلة كان لهم ذلك مع ملاحظة المادة التى تقرر هذه الفوائد ، فقد جاء فى المادة ٨٩٤ ما نصه : « للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك المادة ٥٤٤ » .

أما حق الورثة فى التأجيل فقد أثبته القانون لأنه يقرر أن التعجيل يكون

---

(٢٠) هذا هو ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من القانون ، ونصها : إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة اشهر على القرض ان يعلن رغبته فى إلغاء العقد ، ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان . وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو تعاملا من اى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد او الحد منه .

(٢١) وإن وجوب فوائد للدائن عن مدة ستة اشهر عند تعجيل الأداء يتفق مع منطق القانون المدنى المصرى ، وهو من القوانين الربوية التى تجيز الربا بقدر محدود لا يعدوه ولكنه لا يتفق مع منطق الشريعة الذى كان يجعل كل ربا محرما ، ولو مضى الزمن الذى كانت الفائدة فى نظيره ، فالله سبحانه وتعالى يقول « وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » والقانون إذ يجعل الأجل حقا للدائن لفائدته المقررة يبالغ فى حماية الربا من ناحيتين :

(احداهما) انه يجعل الفائدة سارية ، ولو سدد الدين قبل مدة ستة الأشهر .

(والثانية) انه يجعل حكم الفائدة ملزما للورثة من بعد وفاة من وصى بالربا ، ولا شك أن هذا مبالغة فى حماية الربا الذى يقرر أرسطو انه كسب مناف للعقل وللطبع ، فيقول : « كان حقا علينا أن نستنكر الربا ، لأنه طريقة تولدت من النقد نفسه ، وهى تمنعه مما وجد لأجله لأن النقد لا ينبغى أن يكون الا للمعاوضة والربح منها ، والفائدة أو الربا هى نقد تولد عن نقد . وهذا النوع من الكسب هو من بين ضروب الكسب كلها — الكسب المضاد للطبع » . فليعتبر اولو الابصار ، الشرائع تحرم الربا ، والفلسفة تقرر أنه مناف للعقل ، والاقتصاد يقرر انه سبب الأزمات ، ومع ذلك يقدسه القانون المدنى المصرى .

إذا اتفقوا جميعا عليه فإن لم يتفقوا جميعاً عليه بقى الدين مؤجلا ، ووزع على الورثة كل بمقدار حصته من التركة ، ويكون مما يخص كل واحد ضامنا لما عليه من دين ، وهذا يستفاد منه أن التركة تقسم على الوارثين ، كل يأخذ ما يخصه محملا بدينه ؛ ويكون ما يخص كل وارث فيه ضمان كاف للدين ، إذ المفروض أن التركة غير مستغرقة بالديون ، ويكون المفروض تبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به ، ولكى يكون الدائن مطمئنا على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث ، وذلك مع أن الدين مؤجل ، ولم يصدر به حكم ، بل يجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى من ماله الخاص ، أو مطالبته بأية تسوية أخرى كتقديم كفيل أو عقد تأمين لمصلحة الدائن ، فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو فى كل أموال التركة ، ما وقع منها فى نصيب الوارث ، وما وقع منها فى نصيب الورثة الآخرين مع مراعاة اتخاذ الاجراءات اللازمة لشهر الحق ، وإذا ما قسمت الديون المؤجلة على الورثة على النحو المتقدم ، ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى اختصوا بها ، جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقا للأحكام التى تقدم ذكرها[٢٢] ، أى مع احتساب الفوائد عن ستة أشهر .

---

(٢٢) راجع المذكرة التفسيرية ، وهذه الأحكام اشتملت عليها المادتان ٨٩٥ و ٨٩٦ وهذا نصهما :

المادة ٨٩٥ — إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة ، وتوزيع اموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ، ومن جملة اموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث .

(أ) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين فإن استحال تحقيق ذلك ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على تسوية اخرى رتبت المحكمة التأمين على اموال التركة جميعها .

(ب) وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص .

المادة ٨٩٦ — يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمادة ٨٩٤ .

هـذا ما جاء بالقانون ؛ وقـد سقناه مع عبارة المذكرة التفسيرية ؛ حتى نكون حكايتنا له دقيقة . ونراه بالنسبة للتركة يقرر أن الأصل إبقـاء الأجل . وتقسيم التركة مع تجزئة الضمان ، إن كان فيما يختص به كل وارث ضمان كاف لسداد الدين ؛ مـع الحكم بحق الاختصاص فيـه ، وإن لم يكن الضمان كافيا ، فللدائنين المطالبة بالضمان الكافى ، وإلا لا يتجزأ الضمان ؛ ويكون لهم الحق فى الرجوع فى سائر التركة ، إن لم تسدد ديونهم .

وإن ذلك يتفق فى جملته مـع رأى الحنابلة الذين أجازوا للوارث أن يستمسك بالأجل . على أن يقـدم الضمان الشخصى أو العينى الذى يمكن الدائن من الاستفادة ، بيـد أن القانون قـد اعتبر نصيب الوارث كافيا للضمان إن كان فيه سـعة واضحة بينة واكتفى بحق الاختصاص عليه ، وهـو فى ذلك يتلاقى مـع رأى التابعين الذين يرون بقاء الأجـل ، من غير حاجة إلى ضمان غير التركة ، وهـذا كله مع ملاحظة أن الديون الحالة توفى قبل توزيع التركة ؛ وتوزيع الديون المؤجلة ذلك التوزيع ، فالقانون رفـه على الورثة بهـذا من ناحيتين :

(إحـداهما) بقاء حق التأجيل لجواز أن يستطيعوا سـداد الديون من غلات التركة ، أو من مال آخر يجىء إليهم بدل أن تبـاع التركه او بعضها بثمن بخس أو يحتمل أن يكون بخسا .

(وثانيتهما) بتقسيم التركة مع تقسيم الضمان من غير أن تستمر التركة موقوفة لا يستخلص كل واحـد نصيبه ، ويتصرف فيه حرا طليقا من القيود إلا ما يكون ضمانا لسداد ما عليها من حقوق يتحمل هو تبعاتها وحده بما يقـدم من ضمان مالى أو شخصى . اما الديون الحالة . فلا حاجـة إلى التوزيع قبل سـداده .

ونحن لا نرى فى هـذا الجزء من القانون مخالفة للشريعة ، بل هو متفق فى الجملة مع لبها إلا فى مسألة الفوائد الربوية إذا اراد الورثة الوفاء بكل الديون المؤجلة ، وإلغاء الآجال ، فإن هـذه المعاملات الربوية لا تسوغها الشريعة ؛ لأنها لا تعرف رأس المـال ناميا بنفسه ، ولا تعرف الغنم من غير تعرض للغرم .

تنفيذ الحقـوق المتعلقة بالتركة

٣٠ ــ بينا فيما مضى من القول الحقوق المتعلقة بالتركة ، وذكرنا أنهـا مرتبتان (إحداهما) ما يكون أساسه حاجة الميت إليه من تجهيز وتكفين له هـو

ومن كان يعوله شرعا فى حياته ثم سداد ديونه ، فقد بينا أن ذلك من حاجة الميت • والمرتبة (الثانية) الخلافة التى تثبت عن الميت فى ماله • وهى خلافة اختيارية وتكون بالوصايا ، والأخرى خلافة إجبارية ، وتكون بالمواريث ، وقد بينا تنازع هذه الحقوق ومدى كل حق ، وأشرنا إلى أن أولاها بالأداء هو التجهيز والتكفين ،وسنفصل الآن القول فيه ، إذ نتكلم عن تنفيذ هذه الحقوق فنتكلم عن التركة وتقسيمها وطرق سداد ديونها ، وتنفيذ وصاياها ، وقبل أن نخوض فى ذلك لابد من بيان أمرين : (أحدهما) ما التركة التى تتنازعها هذه الحقوق ؟ أى يتعلق حق الدائن ، وحق الموصى له وحق الوارث ! (وثانيهما) ما التجهيز وما التكفين المطلوب ؟ وما مرتبتهما بالنسبة لسائر الحقوق المتعلقة بالتركة ؟

٣١ ــ التركة : قد اختلف الفقهاء فى الحقوق التى تنتقل بالوفاة إلى الورثة ما بين مضيق وموسع ، فذهب الحنفية والظاهرية إلى أن التركة التى تورث ، وتنتقل بالخلافة ، ويتعلق بها حق الدائنين ــ هى الأموال ، وكل حق تابع للأموال المملوكة للمورث ، فلا يدخل فى التركة إلا الأعيان والحقوق المالية التابعة لها ، وعلى هذا المذهب يدخل فى التركة ما يأتى :

(أ) الأموال المحوزة بكل أنواعها عقارات ومنقولات ، قيمات ومثليات ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك أم كانت تحت يد نائبه ، كيد المستأجر والمستعير ــ والوديع ، أم لم تكن تحت يده ولا يد نائبه ، كالأموال المغتصبة •

(ب) الأموال التى لم تدخل فى حيازته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها وإن لم يعين بذاته • كنصيبه من غلات الوقف التى استحقها فى حياته ولم يتسلمها والدين الذى له فى ذمة غيره •

وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفترق عنه فى جزء ضئيل وهو أن الأول دخل فى حيزته ، وثبتت له يد عليه ، وإن خرج من يده ، فإلى يد نائبة عنه ، أو معتدية عليه مبطلة ، واليد المبطلة لا تلغى اليد المحققة ، كما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، أما الثانى فإن الحق المالى فيه ثابت ، ولكن لم تثبت للمالك فيه يد بعد •

(ج) الحقوق العينية التى ليست بمال فى ذاتها ولكنها تقوم بمال ، أو هى متصلة بأموال من القسم الأول ، وتزيد فى قيمة العين ، كحق الشرب وحق

المرور وحق المسيل ؛ وحق العلو ، وحق الحكر بوراثة البناء والغراس الذى جعل له حق الأولوية فى الإجارة . وكذلك الرهن ؛ فإن ورثة المرتهن ورثوا الدين موثقا به .

(د) خيارات الأعيان ؛ كالعين التى تعلق بها خيار العيب ، فإن خيار العيب يكون حقا للورثة . لأن العين قد ورثت . ومعها حق السلامة من العيوب فكان للوارث أن يختار بقاءها مع عيبها أو فسخ العقد الذى انعقد على أساس السلامة ، ومثل ذلك خيار فوات الوصف المرغوب فيه ، فإنه ورث العين مع ذلك الوصف المرغوب فيه ؛ فكان له الحق فى إبقائها مع تخلفه . أو فسخ العقد الذى فوت فيه الوصف مع أنه جزء من الاتفاق ؛ وكذلك خيار التعيين . فإنه ليس إلا تمييزا للملك من بين ثلاثة أشياء . إذ مقتضاه أن الملك ثابت فى واحد غير معين ؛ وكان التعيين حقا للمورث . فينتقل الملك مع حقه .

والخلاصة أن التركة التى تتعلق بها الحقوق بعد الموت هى الأموال ؛ والحقوق التى تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له ؛ أو موثقة له أو معينة ، أما الحقوق الشخصية التى تتعلق بمحض الإرادة والاختيار من غير أن تكون تابعة لعين مملوكة للمورث وخادمة لها . والتى لا تعد أموالا فى ذاتها ؛ فإنها لا تورث ولا تتعلق بها حقوق بعد الوفاة ؛ ومن ذلك :

(أ) الخيارات الشخصية البحت كخيار الشرط ، وخيار الرؤية . فإنهما ليسا إلا حق الفسخ من غير سبب قائم متصل بالعين . بل من حيث الرضا بالصفقة فى جملتها . ومثل ذلك حق الشفعة . فإنه بعد المطالبة بها وقبل القضاء لا تورث عند الحنفية ؛ وادعى الظاهرية أنها حق خادم للعقار ، فهى متعلقة بالمال ، ووجهة الحنفيه أنها ليست إلا الرغبة فى الشراء ، فهى إرادة ومشيئة ، والإرادة والمشيئة لا تورثان .

(ب) المنافع ؛ فإنها لا تورث عند الحنفية ، فمن استأجر أرضا تنتهى الإجارة بموته ؛ لأن المنافع ليست أموالا فى المذهب الحنفى ، وإن كانت تتقوم بالعقد ، وكذلك إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مقيدة بزمن ، وكانت لشخص معين ، فإنها تنتهى بوفاته ، لأن المنفعة لا تورث ، وهى لشخص الموصى له ، فتتقيد بحياته ، وإن كانت مطلقة عن الزمان .

والأساس هو كما قلنا أن الحنفية لا يعتبرون المنافع مالا له قيمة ذاتية ،

بمـا يقومها العقد ، والعقد إرادة شخصية تنتهى بوفاة العاقـد إن نظر إليه مجردا ، ولا تعتبر المنافع أموالا عند الحنفية لأن صفة المـالية عندهم لا تثبت إلا بالتمول ، والتمول صيانة الشىء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بالشىء مستهلكا له أنه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئا إنه يتمول ذلك المـأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن إحرازها ... إذ أنها لا تبقى زمانين . بل تكسب آنا بعـد آن . وبعـد الاكتساب تتلاشى وتفنى فلا يبقى لهـا وجود ، وإذن فهى ليست بمـال . إذ المـال بالتمول ، ولا يمكن تمـولها[٢٣] .

(جـ) قبول الوصية : فإنه إذا مات الموصى لـه قبل أن يعرف لـه قبول أو رد للوصيه . لزمت الوصية وصحت واعتبر عـدم الرد قبولا ، ولا ينتقل حق الرد والقبول إلى الورثة ، أو بالأحرى لا ينتقل حق الرد إلى الورثة ، لأنه إرادة شخصية ، وأساس ذلك أن الوصية تنشـأ بالإيجاب المنفرد ، ولكن للموصى له حق الرد بعـد وفاة الموصى دفعا لمنـة العطاء عليه إن وجـد فى نفسه مسوغا للدفـع ، فإن لم يرد يسقط ذلك الحق بوفاته ، لأنه إرادة شخصية لا تورث ، ومثله فى ذلك مثل حـق الفسخ بخيار الشرط أو الرؤيه ، فإنه إرادة مجردة لا تورث ، فإن مات صاحبه صار العقد باتا لا يقبل الفسخ المنفرد من جانب الورثة والعمل الآن على خلاف المذهب الحنفى فى هـذه الجزئية ، لأن حـق القبول والرد فى الوصيه ينتقل إلى الورثة ، لمـا هـو مقرر فى قانون الوصية .

(د) حـق الاحتجار فى الأرض الموات ، وذلك لأن الأرض الموات إذا سورها مريد الإحياء ، وأعلن الاستيلاء عليها ــ يكون لـه الحق فى إحيائها ، وليس لأحـد أن ينازعه فى ذلك الحق لمدة ثلاث سنوات ، فإن لم يحيها فى هذه المـدة سقط حقـه فى الاحتجار ، لأن المحتجر إذا مضت عليـه ثلاث سنين لم يحيها فيها قـد ضيق على الناس فى حق مشترك لهم ، ولم يصلح الأرض فلا انتفع ولا ترك الناس ينتفعون ، ولقوله عليه السلام « ليس لمحتجر حـق بعـد ثلاث سنين[٢٤] .

---

(٢٣) راجع كتابنا (الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية) ص ٤٩ ، ٥٠ ففيها بيان كامل لمسـألية المنافع ، والاختلاف فيها سلبا وايجابا .

(٢٤) راجع الملكية ونظرية العقد فى باب إحياء الموات .

فإذا مات المحتجر فى أثنــاء هــذه السنين الثلاث أيورث عنه ذلك الحــق أم لا يورث ؟ قال الحنفية لا يورث لأنه ليس مالا ، ولا متعلقا بمــال للمورث ، إنما هــو حق الأولوية فى الإحياء بسبب السبق فى التسوير ؛ وذلك ليس حقا ماليا ، ولم يتعلق بمــال مملوك للمورث ، إنما تعلق بمــال مشترك ثابتة فيه الشركة الطبيعية بين الناس أجمعين .

فهــذه الحقوق الأربعة لا تعــد تركة ولا تورث ، وحجــة الحنفية فى منع اعتبار هــذه الحقوق فى ضمن التركة هــو قوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا فلورثته » وقــد روى هــذا الحــديث برواية أخرى ، وهى : « من ترك مالا أو حقا فلورثته » ولكنهم انكروا ما فى هــذه الرواية من زيادة كلمة « حقــا » وقصروا التركة على الأموال القائمة ، وأدخلوا من الحقوق ما يعــد خادما لهــذه الأموال من حيث إنه يكون تابعا لها ؛ والتابع يسير فى الملكية مــع المتبوع ، وينتقل بالخلافة كما ينتقل المتبوع ، وتتعلق به الحقوق ؛ كما تتعلق بالمتبوع ؛ أما الحقوق المجردة التى لا تعتبر خادمة للأموال المملوكة للمورث ، فإنها لا تعتبر تركة ولا تورث ، لأن وراثتها لا تثبت إلا استقلالا ، وإن الملكية بالخلافة لا تثبت إلا بنص من الشارع ، والشارع لم ينص إلا على الأموال ، فلا يلحق بها استقلالا ما لا يعــد مالا .

٣٢ — هــذا مذهب الحنفية وتحريره ودليله . ولننتقل بعــد ذلك إلى المذهب الذى يقابله . وهــو مذهب الجمهور ؛ وهــو فى جملته يوسع أكثر من المذهب الحنفى وإن اختلف الأئمة فى مقــدار التوسعة ؛ فهو يقرر أن كل الحقوق التى كانت ثابتة ولها صلة بماله . ولم تكن حقا مقصورا على شخصه ، ويلاحظ فى كسبه ناحية شخصية فيه ، فإنه يورث ، فتورث الحقوق التى تعتبر خادمة لأمواله ، والحقوق التى تعــد مملوكة له ، فحق الشفعة يورث . والخيارات التى تتعلق بعقود الأموال كلها تورث . والمنافع تورث . والاحتجار يورث كما نص على ذلك فى كتب الحنابلة ؛ وعلى هــذا فكل حق له صلة بالمــال سواء أكان خادما لــه كالارتفاق ، أم لم يكن خادما ولكن يمكن انتقــاله بالخلافة كخيار الشرط فإنه يورث ، وذلك لأن الورثة قــد خلفوا المــالك فى كل أمواله . فكل ما يكون مملوكا للشخص من أموال ومنافع وحقوق تتصل بإرادة هــذه الأموال فإنه يكون له من غير استثناء ، إلا ما يكون ملاحظا فيه الناحية الشخصية كالولاية فإنها لا تورث ، لأن شخص المورث هــو الأساس لهــا ، والشرع لاحظ فيها أنها واجب لا حــق .

وأيضا فإن السبب الذى أوجب انتقـال الأموال إلى الورثة هو السبب الذى يوجب انتقال الحقوق التى لا صلة لهـا بالأموال ، ثم إن المنافع هى فى الحقيقة أموال ، لأنها أساس التقويم فى الأموال ، إذ الأعيان تقوم بما فيها من منفعة ، فمن استأجر أرضا ملك منافعها ، وهى أموال ، فتنتقل إلى ورثته ، والحـديث « من ترك مالا أو حقا فلورثته » صريح فى إثبـات وراثة الحقوق جملة ، وكلمة « حقـا » روايتها صحيحة فى نظرهم .

٣٣ ـ هـذا هـو الخلاف فى معنى التركة ودليله ، وأساس الخلاف فى نظرى يقوم على أمرين :

أولهما : فى تفسير كلمة أموال ، فالحنفية لا يعتبرون المنافع مقـومة فى ذاتها ، وجمهور الفقهاء يعتبرونها أموالا لهـا قيمة ذاتية ، فكانت المنافـع لا تورث ، على رأى الحنفية ، وتورث على رأى الجمهور .

ثانيهما : أن الفقهاء اتفقوا على أن الحقوق الشخصية لا تورث ، فالوظيفة لا تورث والولاية كذلك باتفاق ، ولكنهم اختلفوا فى تفسير الحقوق الشخصية فأدخـل الحنفية فى الحقوق الشخصية خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وحـق الشفعة ولو بعـد المطالبة بها ، وحق الاحتجار ، ولذلك قرروا أنها لا تورث ، والجمهور لم يدخلوا هـذه الحقوق فى معنى الحقوق الشخصية ، بل اعتبروها حقوقا مالية تخـدم المـال ، أو تتبعه ، ولو ببعض التوسع .

٣٤ ـ وبعـد هـذا البيان نذكر ما تتجه إليه القوانين المصرية ، فإلى أى الناحيتين تتجه ، أتتجه إلى ناحية المذهب الحنفى ، أم إلى رأى الجمهور ؟ ... لم نجـد فى قانون الميراث شيئا من ذلك ، وخلوه منه معقول ، لأن قانون الميراث لا يبين حقائق الأموال ، وما يعتبر مالا وما لا يعتبر ، وهو فوق ذلك ليس فيه كل أسس الملكية ، ولكنه لبيان انتقال الأموال بالخلافة ، وأسباب ذلك الانتقال وقوة هـذه الأسباب ، وترجيح بعضها على بعض ، وتوزيع التركة لا لبيان الأموال التى تورث .

وقانون الوصية أيضا لم يبين معنى التركة ، لأنه يبين أحـد نوعى الملكية بالخلافة فهو فى هـذه الناحية كقانون الميراث ، ولم يتعرض إلا لاشتراط أن يكون الموصى به ممـا يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقـد حال حياة الموصى ، وإن كان فيه زيادة فهو أنه لا يقيد الموصى به بأن يكون تركة يجرى فيها

الإرث ، بل أجاز الوصية فى كل ما يجرى فيه التعاقد فى حال الحياة ، وجازت الوصية التى لا تعد وصية بجزء من التركة : كالوصية بتقسيمها ؛ وإذا كان قانون الميراث والوصية كلاهما لم يتعرض لبيان التركة ، فليس لنا إلا أن نتجه إلى قانون الملكية ، وهو القانون المدنى •

٣٥ — وهذا القانون يتجه فى عمومه إلى اعتبار كل حق يجرى بين الناس فيه التعامل ، ويخضع لحكم القانون ويحميه هو حق مالى ؛ أو مال ؛ فالمال فى عرف القانون المدنى الجديد هو الحق ، ذو القيمة المالية ، سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا ؛ أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية • ويفرق هذا القانون بينه وبين الشىء • بأن الشىء هو محل الحقوق[٢٥] فالمال على هذا النظر هو الحقوق المتعلقة بالأشياء • والأشياء محل الحق ، وعلى هذا فهو يتجه إلى رأى الجمهور ؛ ولذلك استقرت فيه الأحكام على وراثة حق الشفعة ؛ ووراثة الإجارة • إلا فى صور استثنائية : ووراثة حق إصلاح الأراضى البور لمن أذن له بإصلاحها ؛ وامتلاكها بعد إحيائها ولقد كان حق الشفعة موضع خلاف بين المحاكم إلى سنة ١٩٣٩ ، ثم جاءت محكمة النقض فى سنة ١٩٣٩ وقررت أن حق الشفعة يورث ، وجاء فى أسباب حكمها ما نصه :

« ومن حيث إن كون الشىء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته • أو ليس مالا • فلا ينتقل •• هو بحث فى مسألة من صميم المعاملات ، وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى (أى القديم) قد أحالت تعرف أحكام المواريث إلى قانون الأحوال الشخصية ، فإن المراد بهذه الإحالة أن تطبق أحكام القانون المحال إليه على مسائل الإرث ككون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وككونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث فى ذاته • أما الأشياء التى تكون موضوع هذا الحق ، فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا للقانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال » •

« ومن حيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئا ماديا ، كالأعيان

---

(٢٥) راجع شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الجليل الدكتور كامل مرسى جـ ٣ ص ١٣ •

التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق ، توافرت فيه عناصر المالية : النفع والتقوم وقابلية الاستئثار . فوجب اعتباره مالا »[٢٦] .

وترى من هذا أن القانون المدنى القديم والقانون المدنى الجديد يتجهان إلى اعتبار كل الحقوق التى يمكن أن يستأثر بها الشخص وتجرى فيها ملكيته مالا . بل إن القانون الجديد يقصر المالية على الحقوق ، ويعتبر الأشياء محلها . وعلى ذلك فالتركة هى الأشياء المادية والحقوق التى كانت للمورث ، وجرت عليها ملكيته . وهذا معقول فى ذاته . وهو لب ما ارتآه جمهور الفقهاء ، وخالفوا فيه الحنفية ؛ بيد أنه يلاحظ أن الوصية بالمنافع تكون مقصورة على حياة الموصى له إن أطلقت عن الزمان ، لأن ذلك منصوص عليه فى قانون الوصية . وهو القانون المعمول به ، وقد اشتق هذا من مذهب أبى حنيفة .

التجهيز والتكفين

٣٦ ــ قررنا أنه لا حق للورثة والموصى إلا بعد أن يستغنى الميت عن ماله ؛ وان حاجته إلى ماله تكون بتجهيزه وتكفينه وتقبيره بما يليق بمثله من غير تبذير أو تقتير . وبتسديد ديونه ؛ وعلى هذا يكون التجهيز والتكفين مقدما على حقوق الورثة بلا ريب ؛ وأما تقديمه على الديون ، فإنه مقدم على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة قبل الوفاة ، لأن التجهيز بعد الوفاة ، كالحاجة الشخصية من ملبس ومأكل فى الحياة ، وهذه مقدمة على الديون التى ليست متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولذلك أجمع الفقهاء على تقديم التجهيز والتكفين على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولم يخالف فى ذلك سوى الظاهرية . وليس لكلامهم أساس ؛ وهو يتخالف مع الحقوق الإنسانية واللياقة فلا يلتفت إليه .

وموضع الخلاف بين الفقهاء هو تقديم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة ، فالحنابلة ورواية فى المذهب الحنفى تقدم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة ببعض التركة ، وجمهور الفقهاء والرواية المشهورة من المذهب الحنفى أن التجهيز والتكفين

---

(٢٦) راجع القانون المدنى للأستاذ الدكتور كامل مرسى ج ٣ ص ٥١٣ .

يؤخر عن الديون المتعلقة بأعيان التركة قبل الوفاة ، فإذا كانت التركة كلهـا مرهونة فى دين ، فإنه لا يجهز إلا بعـد سداده ، أو فيما يفضل من سداده ؛ ويكون تجهيزه على من كانت تجب عليه نفقته فى حيـاته إذا لم يكن فى التركة فاضل يكفى للتجهيز أو التكفين ؛ ووجهتهم فى ذلك أن الأعيان التى تتعلق بهـا حقوق الدائنين فى حياته لا يملك التصرف فيها ، ولو لحاجته الخاصة ، فلا يبيع العين المرهونة ليأكل من ثمنها ، ولا ليشترى بهـا ملبسا له ، ولا ليؤجر لنفسه مسكنا لسكنه ، وإذا كان لا يملك ذلك فى حياته ، فأولى ألا يكون له الحق فيه بعـد وفاته ، لأن الموت من شأنه أن يقوى تعلق الحقوق بالأعيان ، لا أن يضعفها إذ الذمة تضعف عن احتمالها ، فتقوى الأعيان ضعفها ؛ وإن الموت يجعل الديون تتعلق بالأعيان ، إن لم تكن متعلقة بها من قبل ، فبالأولى لا يضعف المتعلقة بها من قبله ، ونرى أن هـذا الرأى يساير القياس الفقهى .

أما وجهـة الحنابلة والرواية الأخرى فى المذهب الحنفى ؛ وهى غير المشهورة فهى أن حاجات الشخص مقـدمة على سائر الديون ، ألا ترى أنه عند الإفلاس وتعلق الديون بالأموال تبقى لـه ملابسه ، وسـكنه ؛ وليس التجهيز والتكفين إلا من هـذا القبيل ، وأنه ليس من المعقول أن يكون للشخص أموال ، ولو كانت الديون متعلقة بها ، ويستجدى له كفن ، وهو ليس إلا كملابسه وأن هذا الرأى أشبه باستحسان .

ويلاحظ أن الحنابلة الذين يقررون ذلك الرأى ؛ إنمـا يقصرون التجهيز الذى يؤخـذ من التركة ولو كانت كلها قـد تعلقت بها حقوق الدائنين قبـل وفاته ، على تجهيزه وتكفينه فقط ، فلو كانت له زوجة قـد ماتت قبله بقليل ، ومات هـو قبـل أن تجهز وتكفن ، فإن تجهيزها وتكفينها يكون من مالها ، أو من مال أوليائها ، فلا يقـدم على الديون المتعلقة بالتركة إلا تجهيزه وتكفينه هو .

٣٧ ـ ولقـد أخـذ القانون بالمذهب الحنبلى فى هـذا المقام ، ولكنه زاد عليه فلم يقـدم على الديون كلها ـ ولو كانت متعلقة بالتركة قبـل الوفاة ـ تجهيز الميت وتكفينه فقط ، بل قـدم تجهيزه وتكفينه ؛ وتجهيز من يجب عليه تجهيزه ، فلو كان له ابن مات قبله ولم يجهز ولم يكفن ، جهز وكفن من التركة ولو كانت كلهـا قـد تعلقت بها الديون قبـل الوفاة . فالقانون قـد زاد على المذهب الحنبلى ولم يقتصر عليه[٢٧] .

---

(٢٧) هـذا بعض ما اشتملت عليه المـادة الرابعة من قانون الميراث ، ففيها « يؤدى من التركة (اولا) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن (ثانيا) ديون الميت . . . » .

وممن يجب تجهيزه وتكفينه من التركة ، كيفما كانت ديونها — زوجته إذا ماتت قبله ، ولم تكن قد جهزت وكفنت • ونص القانون يشملها إذ أوجب تجهيز وتكفين من كانت تجب عليه نفقته ، والزوجة كانت تجب نفقتها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ، وهذا أحد رأيين فى المذهب الحنفى ، وهو رأى الشيخين أبى يوسف وأبى حنيفة • والثانى رأى محمد • وحجته أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ، وإذا انقطعت الزوجية ، لم تعد ثمة علاقة موجبة للانفاق الذى يترتب عليه وجوب الكفن ، ولأن النفقة فى الزوجية ليست صلة ، بل هى جزاء الاحتباس •

وحجة الشيخين أن الزوجية التى هى سبب الحقوق الزوجية ما زالت ثابتة بالنسبة لآثارها ، ولذلك ثبت الميراث ، ولو كانت الزوجية قد انقطعت بالوفاة ما ثبت الميراث ، وإذا كانت الزوجية قائمة فحقوقها من جانب الزوج تكون قائمة • وإذا كانت النفقة واجبة عليه فى حياتها فالتجهيز ، وهو نفقة ، واجب عليه بعد وفاتها ، وليست النفقات جزاء خالصا للاحتباس ، ولكن لها شبه بالصلات ، ولشبهها بالصلات كانت واجبة بعد الوفاة على صورة تناسبها ، وهو التجهيز •

٣٨ — والتجهيز المطلوب هو ما يلزم للميت من وقت الوفاة إلى أن يدفن فى قبره بما يليق بمثله ، ويدخل فى ذلك الكفن ، ونفقات الجنازة ، من أجور نقل ونحو ذلك ، والأمر فى ذلك إلى العرف ما لم يكن مستنكرا شرعا ، أو فيه إسراف ، وعلى ذلك يدخل فى التجهيز نفقات السرادق الذى يتجمع فيه المشيعون للجنازة ، ويستقبل فيه المعزون ، ونحو ذلك •

ويلاحظ فى الكفن[٢٨] حال الشخص من يسار وإعسار ، وما كان يلبسه فى حياته ، فيختار من نوع أحسن ما كان يلبس على قول بعض المشايخ ، وقال الفقيه أبو جعفر ، يختار من أوسط ما كان يلبس ، وهو الذى يكثر من لبسه •

ويلاحظ فى التجهيز بشكل عام حال التركة ، وحال من تركهم من ذرية

---

(٢٨) يلاحظ أن الكفن يختار فيه المتوسط من حيث العدد والقيمة ، وكون السنة الا يزيد على ثلاثة أثواب للرجل وخمسة للمرأة ، ومن حيث القيمة يكون من أغلى ما كان يلبس على قول بعض الفقهاء ،ومن المتوسط الذى يلبسه فى عامة احواله على رأى غيره ، وقال الفقيه أبو جعفر إن كانت التركة مستغرقة يكتفى بكفن الكفاية ، وهو ما يستره ،وكلام الخصاف يوافقه ، ولكن العرف غير ذلك ، وهو معتبر .

ضعاف ؛ وعـددهم ، فيلاحظ القصـد ما أمكن القصـد من غير أن يكون ما يستنكره الشرع ؛ وكل ما ينفق زيادة عمـا يوجبه العرف لا يلزم به الدائنون ، ولا يلزم القصر من الورثة ؛ بل يكون من أنفقه ضامنا له ؛ وكل من يوافقـه من الورثة الراشدين فهو شريكه فى الضمان والتبعية ، وبعـد التجهيز والتكفين يكون سداد الديون • ولنفصل القول فى طريق تسديدها ؛ وقسمة التركة قبـل التسديد ، ومن يسددها فى الشرع وفى القانون •

تسديد الديون

٣٩ — قلنا أن الديون فى المذهب الحنفى ليست مرتبة واحـدة • بل هى مراتب أولها الديون التى تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهـونة والمبيع المحبوس إلى قبض الثمن • فإن دين الثمن يتعلق به • ثم تلى هـذه ديون الصحة • ثم تليهـا ديون المرض • وقـد بينا ذلك فى موضعه فى مراتب الديون • وعند سـداد الديون المستغرقة للتركة يبدأ بذلك فتسدد المتعلقـة بالأعيان ، وما فضـل يكون لغيرها من ديون الصحة ؛ ثم ما فضـل يكون لأصحاب ديون المرض • ولكن من المنفـذ الذى يتولى تسديد الديون ؟ إن الديون إما أن تكون مستغرقة للتركة ، وإما ألا تكون مستغرقة لهـا • فإن كانت الديون مستغرقة للتركة ، فإن الذى يتولى القيـام بتسديد الديون هـو الوصى الذى اختـاره الميت وصيا على تركته لأنه نائب عنـه ، وذمة الميت ما زالت قائمة ، وأملاكه على ذمته لم ينتقل إلى الورثة منها شيء ؛ لمـا قررنا من أن التركة المستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة على ما نص عليـه فى المذهب الحنفى • وإذا لم يكن الميت قـد أختار وصـيا يشرف على أمواله فيسدد ديونه وينفذ وصاياه ؛ فإن القاضى يعين من يبيع التركة ويسدد الدين ، ويتولى المعـاملة مـع الدائنين ، فهو يتولى أمر التركة ويبيع ما يسـارع إليه التلف ، ثم يبيع سائر المنقولات ، ثم العقار ، ويتقاضى الديون التى تكون للميت قبل النـاس ، وكون الورثة لا ملكية لهم إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، ليس معنـاه أنه انقطعت صلتهم بهـا انقطاعا تاما • بل ما زالت لهم صفة الخلافة الناقصة عن المورث ؛ ولذلك يجوز لهم استخلاصها بسداد ما عليهـا من ديون ، ويجبر الدائنـون على قبـول ديونهم ؛ وليس للوصى المختار ولا لوصى القـاضى أن يعترضـا على ذلك • وللقاضى أن يجبر بعض الورثة على بيـع التركة وسداد ديونها ، وليس له أن يجبر أحـدا غيرهم ذلك الإجبار ، فإن لم يكن للميت وصى مختار كان للقاضى أن يقيم من الورثة من

يصفى التركة ، وله أن يجبره كما ذكرنا ، وهذا مظهر من مظاهر الصلة بين الورثة والتركة المستغرقة .

٤٠ — هذه طريقة تسديد ديون التركة المستغرقة بالديون ، أو المعسرة كما عبر القانون المدنى ، أما تسديد الديون فى التركة غير المستغرقة بالدين ، فإن الميت إن كان قد ترك وصيا مختارا له فإنه هو الذى يتولى تسديد الديون ، فإن كان فى التركة مال من جنسها بأن كان فيها نقود سدد منها وإن لم يكن فيها نقود باع من التركة ما يكفى لسداد الديون ، سواء أكان الورثة راشدين أم لم يكونوا كذلك ، لكن هل له أن يبيع العقار وفى المنقول ما يكفى لسداد الدين ؟ وهل له أن يبيع التركة كلها وفى بعضها كفايه ؟

يقول الصاحبان وقولهما الراجح المفتى به : إنه لا يبيع عقارا ما دام فى المنقول ما يكفى لسداد الدين ، ويبدأ من المنقول بما يخشى عليه الفساد ، ثم يثنى بسائر المنقولات ، وكذلك لا يبيع التركة كلها وفى بعضها غناء ، فإن كان فى المنقول وبعض العقار ما يكفى لا يبيع الباقى ، وذلك لأن البيع لسداد الدين ، فيكتفى من البيع بقدره ، لأن بيع الزائد فيه تصرف فى حق الغير ، وهم الورثة فلا يثبت عليهم إلا بمقدار الضرورة المسوغة لذلك ، ثم هو تصرف فى ملك الورثة من غير ضرورة ملجئة .

وقال أبو حنيفة إنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق جاز للوصى المختار بيعها كلها ، ويسدد الدين من ثمنها ، وحجته فى ذلك أن التركة إذا كانت مدينة فللوصى المختار ولاية البيع ، والولاية إذا ثبتت فى شىء لا تقبل التجزئة ، ولأن الدين متعلق بكل جزء من أجزاء التركة[٢٩] كالدين الموثوق برهن يتعلق بكل جزء من أجزاء العين المرهونة ، فتباع كلها فى سبيل السداد ، وما يبقى بعد الدين يكون للورثة ، ولأن منع بيع الكل قد يؤدى إلى شركة المشترى على الشيوع فى الملكية الباقية ، وذلك ضرر بلا ريب ، فكان من النظر أن يسوغ للوصى بيع العين كلها حتى لا يضطر إلى البيع على الشيوع ، والفتوى كما علمت على قول الصاحبين ، وقد أخذ بذلك القانون المدنى[٣٠] وهو مقبول شرعا وعقلا .

---

(٢٩) راجع فتح المعين الجزء ٣/٥٥١ .
(٣٠) اقرأ فى ذلك المادة ٨٩٣ .

هـذا هو الحكم فى تسديد الديون إن كانت التركة غير مستغرقة بهـا وترك وصيا مختارا ، وإن لم يترك وصيا مختارا : فهل يقيم القاضى من يبيع بعض التركة لتسدد الديون ؟ لقـد قرر الفقهـاء أن الورثة إن كانوا صـغارا أو لم يكونوا راشدين أقـام القاضى من يبيع بعض التركة لتسديد ديونهـا ، ويصح أن يكون الوصى الذى يعينه هـو من له الولاية على الصغار بأن يفـوض إليـه ذلك الأمر أيضا ، لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق الناس . فكان عليـه أن يتولى معاونة الغرماء فى تسديد ديونهم ، وإقامة من يبيع من التركة . ويسدد الثمن . وإن كان الورثة كبارا نقل صاحب الدر عن الجوهرة انهم هم الذين يتولون تسديد الديون ، وبيـع بعض التركة لتسديدها . لأنهم هم الذين خلفـوا الميت فى ماله فكان عليهم تخليصها(٣١) ولا شـك أن الورثة إن ماطلوا الغرماء ولم يسددوا ديونهم استعانوا بالقضـاء لحملهم على بيع التركة لسد د الديون ، أى أن العلاقة تكون بين الورثة والغرماء مباشرة ، وإن كانت حقوق الدائنين متعلقة بالتركة ، إلا أنهم إذا اضطروا للاستعانة بالقضاء . فإنه ينفـدم معاونا لهم . كما يعين كل غريم فى استيفاء دينه . وقـد يعين القضاء من الورثة ممن يقوم بالبيع والتسديد .

٤١ ـ هـذا هـو الحكم إذا كانت التركة مدينة : سواء اكانت موسرة أم كانت معسرة ، فإن كانت غير مدينة ولا وصية فيها : فالورثة هم أصـحاب الشأن الكامل فيهـا ، ولـو كان هناك وصى مختار ما تجاوزت حـدوده من يكون له الولاية عليه من القاصرين من الورثة ، بيد ان له بما له من خلافة عن الميت فى الولاية أن يتقاضى ديونها ، ويسلمها لمستحقها من الورثة ، وأن له أن يبيع منقولات الورثة لحفظها إذا كان الورثة الكبـار غائبين عنهـا ، خشية ضياعها ، أوفسادها ، وإذا كان للميت وصيه فالوصى له سـلطان تنفيذها لأنه خليفة الميت فى ذلك ، ويلاحظ أن التركة إن كانت غير مدينة فليس للقـاضى أن ينصب عليها وصيا بأى وضع كان ، وإن اختلف الورثة فيما بينهم فالتقـاضى بينهم شأنه كشأن كثير من الخلطاء الذين يبغى بعضهم على بعض ، لا يتدخـل القضاء إلا إذا دعى للفصل بينهم .

قسمة التركة

٤٢ ـ هـذه أحكام تسديد الديون . ولننتقل إلى قسمة التركة ، إنه إذا لم تكن التركة مدينة فإن قسمتها جائزة لا خلاف فى ذلك ، وإن كانت فيها

---

(٣١) راجع فتح المعين جـ ٢ ص ٤٥٦ .

وصية فإن الاقتسام يكون بين الورثة والموصى له من غير ضير ولا ظلم فيما بينهم ، وإن بغى بعضهم على بعض استعان بالقضاء للنصفة .

ولو كان الميت قد ترك وصيا مختارا له أن يفرز للموصى له نصيبه إن كان الورثة غائبين ، وليس له أن يفرز لواحد من الورثة إن كانوا راشدين ، فهو يقاسم الموصى له ، ولا يقاسم الورثة ، أى أنه يقاسم الموصى له عن الورثة الغائبين ولا يقاسم الورثة عن الموصى له ؛ لأن نيابته عن الورثة استمدها من نيابته بالخلافة عن الميت فى تنفيذ وصيته ، وليس له صفة النيابة عن الموصى له(٣٢) ثم له أن يفرز الوصية عن الميراث ، وليس له أن يفرز نصيب واحد من الورثة إلا إذا كان غائبا .

٤٣ — وإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق لها ، فإن التركة لا تقسم على مذهب الحنفية ، وأجاز الشافعية قسمتها على أن تكون كل حصة متحملة ما يخصها من دين ، وأساس ذلك الخلاف ما بيناه من أن الحنفية يرون أن الملكية لا تثبت للورثة عند الاستغراق ، وان الضمان فيها لا يقبل التجزئة ، وأن الشافعية يرون أن استغراق التركة بالديون لا يمنع ملكية الورثة لها مع تعلق حق الدائنين بها ، وأن ضمان التركة للدين يقبل التجزئة(٣٣) فنبع كل حصة من الدين ما يناسبها من التركة فمن استحق نصفها وأفرزه تعلق بنصيبه نصف الديون ، وهكذا ، وإن مذهب أبى حنيفة أحوط للدائنين وأجدى ، إذ ما فائدة قسمة أعيان قد أحاطت بها الديون ، واثقلتها مطالبة الغرماء .

٤٤ — وإذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، أو كانت موسرة كما عبر القانون ، فإن الفقه الحنفى مع الشافعى اتفقا على جواز القسمة ، بيد أنهما يختلفان فى شكل القسمة ، فالحنفية يجيزون القسمة على أن يخصص للديون جزء من التركة يوفى منه ، ويسعها مع الاحتياط لها ، ويقسم الباقى على الورثة ، والموصى له بمقدار الوصايا ، وأنصبة الميراث .

والشافعية يقسمون التركة بين الورثة على أن تتحمل كل حصة منها حصتها من الدين ، وذلك سير على مذهبهم فى تجزئة الضمان .

---

(٣٢) راجع شرح التبيين الجزء السادس ص ٢١٠ .

(٣٣) وهذا إذا لم تكن الديون متعلقة بالتركة قبل الموت .

ويلاحظ أنه إذا كان الدين قد تعلق بعين من التركة قبل الوفاة ، فإنها لا تقسم بالاتفاق : لأن ضمان الدين لا يتجزأ فيها ، كما هو مذهب الشافعى ٠

ولا شك أن الشافعية يسيرون على منطق واحد ، لأنهم قرروا من أول الأمر جواز تجزئة الضمان ، أما الحنفية فهم الذين سلكوا سبيل الاستحسان ، وخففوا به قاعدة عدم تجزئة الضمان بهذه الطريقة السهلة ، وهى أن يخصصوا من التركة بعضها لسداد ديونها ، ويقسم الباقى على أن تكون القسمه قابلة للنقض إن هلك الجزء المخصص للدين ، أو لم يوف به ، أو ظهرت ديون أخرى ، ولنترك الكلمة لصاحب التبيين فهو يقول : « ولو كان على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة ؛ لأن الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحاله لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث ، لأن حاجته مقدمه على الإرث ٠٠٠ ولو ضمن رجل بشرط ألا يرجع فى التركه جاز الصلح ؛ لأن هذه كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت ، فتصير حوالة ؛ فيخلو مال الميت عن الديون فيجوز تصرفهم فيه ٠٠٠ وإن لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه ، وإن فعلوا ذلك جاز استحسانا ، والقياس ألا يجوز لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء ، فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة ؛ ووجه الاستحسان أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل ، فلو منع غير المستغرق تملك الوارث أدى إلى الحرج ، أو إلى ألا يملكوا أصلا ، فقلنا أنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ويترك حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة والله أعلم » ٠

ونرى من هذا النص الواضح أن التركة إذا كانت غير مستغرقة بالدين ، فالقياس ألا تقسم ، لعدم تجزئة الضمان ، والاستحسان جواز قسمتها ؛ لكيلا يضار الورثة بدين قليل على تركة موسرة ، وفى هذا بلا شك تيسير ، وجمع بين تجزئة الضمان ، والتسهيل على المالكين ٠

ولقد جاء فى فتح المعين عن الكرخى أنه يرى أن القياس هو جواز القسمة وتخصيص جزء الدين ، وأن الاستحسان عدم الجواز ؛ ولكن هذا غريب(٣٤) إذ ما نقل صاحب التبيين هو الأوضح ٠

---

(٣٤) فتح المعين ج ٣ ص ١٨٨ ٠

وإذا كانت القسمة جائزة استحساناً فإنها تنتقض إذا لم يوف الجزء المخصص للديون بها ، كما تنتقض إذا هلك ، ولكن هل يؤخذ كفيل ليسهل الرجوع على الورثة عند إهلاك أو نقص الوفاء ؟ قال أبو حنيفة : لا يؤخذ عليهم كفيل • وقال الصاحبان : يؤخذ ، ولقد جاء ذلك الخلاف فى حاشية التبيين • ففيها ما نصه :

« فى التركة دين ، وطلبوا من القاضى القسمة ، وهو يعلم وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقا لا يقسم ، لأنه لا ملك لهم ، وإن كان غير مستغرق فالقياس كذلك • وهو قول أبى حنيفة • ولكنه استحسن وقال : قلما تخلو تركة عن دين يسير ، ولا يصح أن نقف عشرة آلاف بدين عشرة • فننظر للفريقين ، ويوقف قدر الدين ، ولا يؤخذ كفيل بشىء من ذلك عنده ، أما عندهما فيأخذ كفيلا[35] » •

هذا صنيع الفقهاء فى تيسير قاعدة عدم تجزئة الضمان ، وهو تفكير سهل نير لا مضارة فيه لأحد •

ما أتى به القانون المدنى فى سداد الديون والقسمة

٥٤ ـ هذا ما جاءت به الشريعة ، فوضعت للوصى المختار أو من يقيمه القاضى أمر التركة المستغرقة بالدين يسويها مع الدائنين ، وأما التركة غير المستغرقة ففوضت للوصى المختار أيضا العمل على سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، وإن لم يكن وصى فالأمر بين الورثة وهم الملاك ، وبين الدائنين وهم الذين تعلقت ديونهم بالأملاك كالشأن بين دائن ومدين ، أو من تعلق الدين بما له ، وإن لم تكن ديون فالورثة فيما بينهم خلطاء ، الشأن بينهم كالشأن بين الخلطاء ، وكذلك كان العمل على مقتضى القانون القديم ، فلما جاء القانون الجديد جاء وقد استعار معه نظام تصفيات التركات من القانون الفرنسى وإن كانت أسس التوريث مختلفة ، لأن الملكية فى قانون التوريث الإسلامى تنتقل فور الوفاة على التفصيل الذى ذكرناه انتقالا جبريا لا اختيار فيه للمورث ولا للوارث • أما الملكية بالتوريث فى القانون الفرنسى ، فهى ماكية اختيارية لا يتكامل سبيلها إلا إذا وجد القبول من الوارث • وإن قبل الوراثة تحملها بمغارمها فكانت التصفية ضرورية للوارث وللدائن معا ، لكى

---

(٣٥) حاشية التبيين ج ٥ ص ٣٧٥ •

يعلم الوارث ما يملك وما يحمل . ولكى يضمن الدائن استيفاء حقوقه كاملة ، أما فى الشريعة فالميراث مغنم لا غرم فيه . فإلزام الوارث بنظام التصفية الفرنسى مضارة به ؛ وإن لم تكن متعينة لتمكن صاحب الحق من حقه . فهى ظلم لا مبرر له ، ولسنا نتعرض لما جاء فى القانون المدنى خاصا بالتصفية مفصلين أحكامها ولكننا نتعرض لرءوس الأحكام فيها .

٤٦ — وأول ما نجد أنه جعل تعيين مصف أمرا جوازيا للمحكمة إذا طلبه أحد الدائنين أو أحد الورثة . إذا لم يكن ثمة وصى مختار للمتوفى . وأنه إذا كان ذلك الوصى المختار ، فهو المصفى ولا يعين غيره إذا اعتزل . أو عزل ، وعند إرادة تعيين مصف يختار من يجمع الورثة على اختياره ، فإن لم يكن إجماع فالقاضى يعين من يراه على أن يكون من الورثة ما أمكن .

ولا شك أن تعيين مصف للتركة إذا كانت معسرة أو مستغرقة بالدين أمر لابد منه ولا ظلم فيه لأحد ، بل هو تمكين لصاحب الحق من حقه . وقد اتفقت الشريعة مع القانون فى ذلك ، أما إذا كانت التركة موسرة أو غير مدينة أصلا ؛ فإنا لا نجد مبررا لتعيين مصف إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة لذلك ، بأن كان لا يمكن للدائن أن يستوفى دينه إلا بتعيين هذا المصفى . او تأكد لدى القضاء ضياع حق بعض الورثة إن لم يكن ذلك التعيين .

إن تعيين مصف وخصوصا إذا كان أجنبيا ، وفى الغالب يكون كذلك إذا كانت الشكوى من بعض الورثة ، فيه كشف لأستار الأسرة . والأسرة مستورة بظل الله والقانون ، حتى يكون ظلم . وتكون المضرة فيه أشد من المضرة فى الكشف ، ولذلك لا نرى التوسعه فى تعيين المصفين ، ثم تعيين المصفى سيتبعه تكاليف مالية على التركة ؛ هى أجرة المصفى ، ومن يتبعه من الخبراء والمحاسبين ؛ ولعل بعض التركة يذهب ضياعا . هذا إذا كان المصفى أمينا قادرا أما إن كان غير قادر على ذلك فلا ترتقبن إلا التبديد ، ونحن فى عصر عزت فيه الأمانة ، وقل الأمناء . وفوق ما تقدم فإن نظام التصفية على ما جاء فى القانون المدنى يقطع الورثة وهم الملاك عن أملاكهم قطعا ، حتى أنهم ليعدون مبددين ، ويعاقبون عقوبة المبدد للأمانة ، إن استولوا على شىء من أعيان التركة غشا[٣٦] ، ثم إن التركة فى مدة التصفيه لا يحسن

---

(٣٦) اقرأ فى هذا المادة ٨٨٩ ، وهذا نصها : « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شىء من مال التركة ، ولو كان وارثا » وهذا النص غريب =

استغلالها لأن المتولى أمرها ليس مالكها ، وحسبك شـاهدا على ذلك الأوقاف وتصرفات نظارها ، وقـد صـار المصفى بحكم القانون مثلهم ، وكنـا نشكو من الأوقاف بسبب سوء إدارة النظار وخيانتهم ، فشرع القـانون تقسيم الأوقاف ليتولى كل مستحق حصـته من الوقف ، ثم ألغى الوقف الأهلى ، ولكن يجىء القـانون المدنى فيضع التصفية ، وهى بنظارة الأوقاف أشبه ، ويقطع الورثة عن أملاكهم أمدا قـد يكون طـويلا ، وسيمتد طوله كلمـا غلبت على المصفى الخيانة ، فتغلب على الورثة شقوتهم • ولهـذا نرى على القضاء الوطنى العادل وقـد جعل الأمر فى تعيين المصفى إليـه أن يجعله فى دائرة الضرورة الشديدة جـدا ، حيث يتعـذر على الدائن أستيفاء دينـه إلا بالمصفى ، ويتعـذر على الوارث أخـذ نصيبه إلا به ، وإن كل توسعة مهما يكن مقـدارها تضر الأسرة والورثة ، وتعرض التركة للضـياع ، وخصوصا أن ذلك النظـام دخيل على القـوانين الإسلامية المعمول بهـا فى المواريث ، وهى تجافيـه إذا كانت التركة موسرة •

٤٦ — وإذا تركنـا مبدأ تعيين المصفى ، وهـو أمر جوازى فوض أمره إلى القاضى الوطنى الحفيظ على أستار الأسرة المصرية أن تكشف — فلنتجـه إلى سـلطان المصفى • إن القانون أعطى المصفى سـلطة مطلقـة فى حـدود القـانون المصرى فى التركة ولم يجعلها مقصورة على العمـل على تسديد الديون وتنفيذ الوصايا ، كما كان صنيع الشريعة بالنسبة للموصى ، وبمقـدار هـذه السلطة قطـع الوارث عن أملاكه قطعـا تاما ، حتى لا يأخـذ من غلاتهـا ، وقـد تكون كبيرة جـدا إلا مقـدار نفقته التى يقـدرها قاضى الأمور الوقتية ، بل ليس كل وارث يستطيع أخـذ هـذه النفقة ، إنما يأخـذها فقط كل من يعـول الميت فى حياته ، ولنقف وقفـة قصيرة عند هـذا الجزء ، فإن له صلة بمـا ندرس فى نفقات الأقارب فى الأحوال الشخصية ، لقـد بينت هـذه النفقة المـادة — ٨٨٢ — فهـذا نصها •

(أ) على المصفى أن يقـوم فى الحـال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقـات تجهيز الميت ، ونفقات مأتمه بمـا يناسب حالته ، وعليـه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقـة كاملة بالقـدر المقبـول

= فى تعميمه : على كل وارث وكل تركة ، لأن حظ الوارث قد يكون كبيرا فى تركة كبيرة موسرة ، ومن المؤكد أن ذلك المقـدار الذى استولى عليه قليل ، إنما كان الأعـدل والأمثل أن يحتسب من نصيبه ولكنه النظام الفرنسى .

من هــذا المــال إلى من كان المورث يعــولهم من ورثته ، حتى ننتهى التصفية على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث •

(ب) وكل منازعة تتعلق بهــذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية •

وترى فى هــذا أنه قصر حق إعطاء النفقة على من استوفى شرطين :

(أحــدهما) أن يكون الميت يعوله فى حياته . (وثانيهما) أن يكون من ورثتـــه •

وعلى ذلك إذا تخلف أحــد الشرطين لا تجب النفقــه من التركه • فإذا كان يعوله وليس بوارث له فــلا نفقة له • وذلك حــق لأن النفقه واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه ، فنفقــه الأقارب واجب شخصى على القريب الموسر لقريبه المعسر العاجز ، فإذا مات انتهى ذلك الواجب ، فإذا كان لــه أخ يعولــه والأخ ليس بوارث لوجــود الابن . فمعقول ألا تؤخــذ لــه نفقة • وكذلك إذا كانت لــه زوجــة مسيحية وهو مسلم ولم يوص لها لا تعطى نفقته • لانهــا لا ترث ، وإن كان يعــولها فى حياته • وإذا تخلف الشرط الأول بأن كان وارثا وهو لا يعــول ، كابن عم هو وارثه فإنه لا تجب له نفقه قرابة لأن شرط نفقة القرابه المحرمية ، وهــو ليس بمحرم . وقــد يكون وارثا إذا لم يكن عصــبة ســواه ، وقــد ينفرد بالإرث إذا لم يكن غيره ، وإن كان هــو فقيرا معــدما عاجزا عن الكسب . فإن القانون لا يوجب نفقه لــه . ولــو كان يملك فاضــل التركة كله • وقــد تبلغ الألوف . بل يستمر فى مسغبه إلى أن يقضى الله امرا كان مفعولا ، فتخلص التركة بسداد الدين . وقــد يكون الوارث الذى لا يعوله ابنــه ، وذلك لأن شرط نفقــة القرابة عجز الفقير عن الكسب ، وقــد يكون الابن غير عاجز عن الكسب ، ولكنه معسر ، فلا يأخــذ النفقــة ، مــع أنه فى عسر شــديد ، ومالك لجزء من التركة ، بل قــد يكون هــو المنفرد بالإرث فيهــا ، ومــع ذلك لا يأخــذ النفقة الضرورية منها ، ففى كل هــذه الصور وأشباهها لا يأخــذ الفقير الوارث نفقــة من ماله ، لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة من ماله أن يكون الميت يعــوله ، وبذلك يتأدى بنــا القانون إلى منطق غريب عن الفقــه الإسلامى - بل غريب عن العقل كل الغرابة ، مالك يملك أموالا بحكم الشرع والقانون ، ويعيش فى مسغبه وجوع إلى أن تصفى أمواله التى قــد يكون حــق الدائنين المتعلق بها ضئيلاً بالنسبه لمقــدارها •

وإن الذى أدى إلى ذلك هو الاتباع لما عند الأوربيين ، ولو كان منطق التوريث عندهم يختلف عن منطق التوريث عندنا ، وإن الشريعة تقضى بانتقال الملكية فى الجزء الخالى من الدين إلى الورثة بمجرد الوفاة إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، وهو انتقال إجبارى لا اختيار فيه ، والشرائع الأخرى تجعله انتقالا اختياريا بقبول من الورثة ، فكانت هذه المفارقة الغريبة ، وهى أن يكون لشخص ملك ولا يملك الإنفاق منه !!

٤٧ — لقد قررنا أن تعيين المصفى جوازى فى القانون ، وأنه إذا عين لا تقتصر سلطته على سبب التعيين ، بل تكون مطلقة تتناول كل شىء ، مع أنه كان يجب أن يكون السلطان بمقدار الباعث عليه ، فإذا كان الباعث شكوى الدائنين من أنهم يتعذر عليهم استيفاء ديونهم يكون السلطان بقدر ذلك ، بحيث إذا كان فى التركة نقود كافية لسداد الديون انتهت مهمته عند ذلك ، لأن التعيين كان لغرض معين ، وهو تمكين الدائن من الاستيفاء ، وقد ناله بأيسر كلفة ، ولا يسوغ له أن يبيع بعد ذلك شيئا من التركة ، ويتركها لأربابها ، يديرونها بينهم ، ويدبرون أمرها بالمودة الرابطة ، ولكنا لم نجد فى القانون ما يحد سلطة المصفى على قدر الباعث ، بل وجدنا المذكرة التفسيرية تقضى بإطلاق سلطة المصفى وعدم تقييده فقد جاء فيها :

« وإذا تقررت التصفية فإنها تكون تصفية جماعية ، ومعنى ذلك أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائنين اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها ، فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية ، حتى تتم التصفية ، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين ، كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون ، فيتحقق المبدأ القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ... وبعد سداد جميع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى يقدم كل وارث إعلاما شرعيا إلى القاضى ، فيعطيه شهادة تقرر حقه فى الإرث ، وتبين مقدار نصيبه فيه ، وتحدد ما آل إليه من أموال التركة » هذا بعض ما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وهو صريح فى إطلاق يد المصفى ومنع يد الورثة منعا باتا .

٤٨ — وترى من الفقرة الأخيرة أن سلطانه لا يقتصر على سداد الديون ،

بل يتجاوزه إلى تنفيذ الوصايا ، بل إلى القيام بكل التكاليف التى تكون على التركة كضرائب التركات ، ولنا على هذا بضع ملاحظات :

أولاها : أنه جعل سلطان المصفى للتركة مشابها فى الحكم لحال المصفى عند الإفلاس التجارى ، وأنه لكى يكون المشبه فى قوة المشبه به أو قريبا منه حتى يمكن التشبيه ، أو يجرى القياس الفقهى — يجب أن تكون العلة فى الحكم واحدة ، وأن الإفلاس التجارى مقتضاه أن تزيد التزامات التجارة عن أموالها ، فلكى تكون هذه العلة موجودة فى التركة يجب أن تكون التزاماتها أكثر من أموالها ، وذلك لا يتحقق إلا فى التركة المستغرقة بالدين . فتعميم أحكام التصفية للتركة غير المستغرقة أو التركات الموسرة التى تتسع لكل ديونها وتفيض — إعمال للحكم حيث لا تتحقق علته . ولا يوجد الباعث عليه . وكان ينبغى بمقتضى القياس الفقهى الذى تعلقت به المذكرة ألا تكون السلطة عامة إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أو معسرة ، بحيث يظن أو يحتمل ألا تفى أعيانها بديونها .

الملاحظة الثانية : أنه جعل للمصفى سلطان تنفيذ الوصايا النافذة التى لا تحتاج إلى إجازة الورثة ، بل جعل له سلطان دفع التكاليف التى تكون على التركة ، وعموم اللفظ يشمل الضرائب ، وهى رسوم الأيلولة وغيرها مما وجب فى التركة قبل الوفاة ، ورسوم تختلف باختلاف الوارث واختلاف مقدار ما رث ، فللأولاد نسب منخفضة ، وللحواشى نسب مرتفعة ، وهكذا ... فكان المعقول أن تتأخر تلك التكاليف حتى تتميز حصة كل وارث على التعيين . وإذا تعينت حصة كل وارث تكون مهمة المصفى قد انتهت ، وصار الأمر إلى الورثة ، فبأى نيابة يتولى عنهم سداد ما عليهم من ضرائب ، إن المنع بلاشك هو القياس وهو الفقه ، ولعل القانون أراد أن يسهل على مصلحة الضرائب استيفاء حقوقها من التركات ، حتى لا تكون مظنة الضياع ، فاعتبرها كسائر الديون التى تكون على التركة ، وذلك نظر مالى حسن .

الملاحظة الثالثة : أن القانون لا يكتفى بإعلان الوفاة والوراثة المثبت لحق الوارث ونصيبه فى الميراث سهما شائعا غير مقدر ماليا . وهو الإعلام الذى يصدر عن المحاكم الشرعية ، بل لابد مع هذا الإعلام من شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

وإن الإشهاد الشرعى وحده هو الذى يقرر حقه فى الإرث ، فكيف

يحتاج بعد ذلك إلى تقرير جديد من القاضى الوطنى ، وأن تقدير مقدار الميراث بالسهام — هو بلا شك من اختصاص المحكمة الشرعية ، وأن الشهادة إن كانت لشيء فهى لبيان مقدار ما آل إليه من مال فعلى ، لأن السهام التى بينها القاضى الشرعى هى نسب مالية لا مقادير من الأموال ، وأن هذه الأموال تعرف على المتعينين بعد قسمة التركة ، لذلك نرى أن هذه الشهادة مشتملة على ما ليس من اختصاص القاضى الشرعى وإن لم يكن ثمة حاجة إليها ، ولقد منع الوارث قبل الشهادة من كل تصرف فى التركة ، أو أن يستوفى الديون التى له قبل غيرها ، أو يجعل مما للتركة مقاصة فيما عليه من دين لمدين التركة ، ولو كان ذلك الوارث قد انفرد بالميراث والديون قد سددها المصفى ، والوصايا قد نفذت ، لأنه جعل غاية المنع من التصرف ونهايته هى الشهادة التى تعطى ، ولم يجعل غاية المنع هو سداد الدين وتنفيذ الوصايا ، ففى الفترة التى تكون بين السداد وتنفيذ الوصايا ودفع الضرائب وبين استخراج الشهادة لا يجوز له أن يبيع أى عين من التركة ، أو أن يتصرف أى تصرف فيها وهذا أمر غريب : مالك قد خلصت ملكيته ، ويمنع من التصرف فيها ولو كانت منقولا . بل الأغرب من هذا أنه لا يجوز له أن يستوفى ديونها التى هى حق خالص له إلا بعد هذه الشهادة ، ولو كانت الديون التى عليها قد سددت ، والوصايا قد نفذت ، والضرائب قد حصلت . وهذا تعقيد ليس له ما يبرره ، وكان الأولى أن تنفذ كل التصرفات بعد خلاص التركة من التزاماتها وتقديم المصفى تقريرا يتضمن ذلك ، ولا حاجة إلى هذه الشهادة .

ثم إن هذه الشهادة لا تكون إلا فى التركة التى عين لها مصف ، أما التركات التى لم يعين لها مصف ، فإنها قد خلصت من هذه القيود الثقيلة ، وهذه تفرقة بين متماثلين من غير وجه لهذه التفرقة ، وقد يقول قائل : إن هذه الشهادة إنما هى لإثبات الخلاص من الالتزامات ، ولكن هذا غير ما سمى القانون فقد سماها شهادة التوريث ، ويغنى عنها إعلام الوراثة مع تقرير المصفى بخلاص التركة ، ثم كان يجب أن تعم ولا تخص بمقتضى هذه التسمية ، وأن عدم تعيين مصف ليس دليلا على عدم وجود الدين ، ولا تنفذ الوصايا ، فكان قانون المساواة يوجب استخراج الشهادة لكل تركة ، وقد سايرنا فى هذا منطق القانون ، ونحن نرى من أول الأمر أن إشهاد الوفاة والوراثة كاف ، ولا حاجة لشيء من بعده ما دام لا مطعن فيه ، لأن التقليل من الإجراءات القانونية يسهل الوصول إلى الحق ، والإكثار منها من غير داع إليها يصعبه ، إذ أن الناس ليسوا جميعا على إلمام بدقائقها ، ومن لا يعلم قد

يخالف ، وإن خالف فتصرفه دخل فى عقود لها حقوق والتزامات . ثم يكون الإشكال والمنازعات ، وتضيع الحقوق ، وينفرج باب الخصومة . وتقطع الأسر ، ويتنابذ الناس ، وما لذلك كان القانون .

٤٩ — والقانون لم يكتف بهذه السلطة فى سبيل سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، بل أجاز للمصفى أن يقسم لأحد الورثة . وأن يعطيه نصيبه مفرزا فأجاز لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا ، إلا إذا كان هذا الوارث قد سبق منه اتفاق على أن يكون نصيبه شائعا . أو كان فى التركة ما يمنع القانون قسمتها ، فإذا قسم له كان للورثة حق الاعتراض عليها ، ولا تصير القسمة نهائية إلا إذا قبلوها جميعا . فإن قبلوا مجتمعين تلك القسمة التى يفرضها عليهم المصفى صارت نهائية ، وإن لم يقبلوها رفع المصفى على نفقة التركة دعوى بالقسمة . أى لتكون تلك القسمة التى عجز عن فرضها عليهم اختيارا ، واجبة عليهم إجبارا . إن لم يتدارك القضاء العادل هؤلاء الورثة بعدله . وإذا لم يطلب أحد الورثة القسمة سلم المصفى الأموال شائعة إليهم ليتولوا هم قسمتها . وكنا نود أن يكون نص على أن يكون تولى المصفى للقسمة بعد طلبها بعد علم الورثة الكامل بالتركة ليكون للملاك كامل حريتهم بعد علمهم . ولكيلا يفتح الباب للظنون ، فليس المصفى ملكا كريما أنزل على الناس ليقوم بين الورثة بالقسطاس ، وما كان وارث على علم بدقائق التركة ، والمصفى واضع يده عليها ، وقد تولى جردها واستيفاء كل حقوقها . وأداء كل التزاماتها ، فينبغى أن يكون العلم الكامل بها سابقا للقسمة .

٥٠ — هذه بعض أحكام التصفية فى القانون المدنى . وقد رأيت أنه نظام يبتدئ جوازيا ، ولكنه يتسع مدى سلطانه حتى يصير عبئا على الورثة ، فإن المصفى يصير صاحب السلطان المطلق فيها ، وليس للورثة فيها شأن إلا بعد انتهاء عمله من تسديد كل ما على التركة من التزامات وتكليفات ، وإفرازها إن طلب أحد الورثة ذلك ، ثم لا تسلم الورثة إلا إذا قدموا شهادة التوريث التى نوهنا عنها ونقدنا وضعها .

والتصفية ليست قيدا ثقيلا على الورثة ، وحاجزا دون ملكهم فقط : بل هى فوق ذلك عبء على التركة ، فنفقاتها ونفقات الخبراء والمحاسبين والإجراءات والقسمة ، كل ذلك عبء على التركة ، وربما لا تكون فى أضيق ما يمكن من الإنفاق ، وتعقيب القضاء وراءه ليس بمحيط لكل تصرفاته . واعتبر ذلك بحال نظار الأوقاف وما يرهقون به الأوقاف من نفقات،مما ضجت به الشكوى

من أصوات المستحقين ، وأشكت الحكومة هؤلاء الشكاة ، فأجازت قسمة النظر كما ذكرنا . بحيث يكون كل واحـد ناظرا على حصته ، ثم ألغت الوقف الأهلى • ولذلك نكرر الرجاء — والتصفية اختيارية — أن يضيق دائرتها قضاؤنا العادل ، فيتجه إليها حيث تتعين . ولا يكون طريق سواها ، وعند الله جزاء العادلين •

٥١ — هـذا ؛ وإن للمحكمة عند تقـرير التصفية أن تتخـذ الاحتياطات اللازمة على وجه الاستعجال للمحافظة على التركة إذا طلب ذلك أحـد ذوى الشأن من الدائنين ، أو الموصى لهم أو الورثة ، أو من النيابة العـامة إذا لم يكن قـد عرف للميت وارث ، أو عرف ولكنه غائب فى مكان بعيـــد ، أو غير معلوم المكان ؛ وللمحكمة أن تقـوم بهـذه الاحتياطات من غير طلب أحـد ، فإن الاحتياط للأموال التى لا حافظ لهـا من أصحابها من الحسبة العامة التى تقوم بهـا جهة الاختصاص من تلقـاء نفسها ؛ والمحكمـة هى الناظرة فى مصالح النـاس فى دائرتهـا •

وإن اتخاذ هـذه الاحتياطات بطلب أو من غير طلب واجب على المحكمـة وليس بحق جوازى لهـا ، فإن ذلك لحفظ المـال من الضـياع إلى أن يتسلمه مالكه أو من له ولاية عليه ، ولو كانت ولاية مؤقتة ، ويلاحظ أن ذلك الاحتياط إنما هـو للمحافظة إلى أن يتولى أمر المـال المصفى •

٥٢ — ويلاحظ أنه قسمة قبل تمام التصفية إلا إذا كانت الديون مؤجلة ولم يجمع الورثة على حلولها ، فإن التركة تقسم محملة بهـذه الديون المؤجلة مع تقـديم الضمانات الموثقة لحقوق الدائنين ، فإن كل حصة فى هـذه تكون محملة بدينها المؤجـل ، ولكل صاحب حصة من الورثة أن يخلص حصته بالتعجيـل بأداء دينـه •

وهنا نجـد أن الشريعة كانت مسهلة بالنسبة للتركات غير المستغرقة أكثر من القانون - فإنها أجازت القسمة بإطلاق على أن يخصص جزء من التركة لأداء الدين - ثم يقسم الباقى بين الورثة قسمة قابلة للنقض إلى أن يستوفى الدائنون ديونهم ؛ أما القانون فقـد جـوز القسمة فقط فى حال ما إذا كانت على التركة ديون مؤجلة ؛ ولم يجمع الورثة على تعجيلها ، وظاهر العموم فى عبارة القانون أن يشمل التركات المعسرة ؛ والتركات الموسرة بالنسبة لجواز التقسيم إذا كانت الديون مؤجلة . وإن ذلك بلا شك توسعة أكثر من المذهب الحنفى الذى لا يجيز تقسيم التركات المستغرقة بالدين ، لعـدم ملكية الورثة لها •

التصرف فى التركة

٥٣ — تقدمنا عند الكلام فى ملكية الورثة للتركة أن هناك نظريتين متقابلتين : اعتنق كل واحدة منها فريق من الفقهاء (إحداهما) أن الملكية تنتقل إلى الورثة من وقت الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة بالدين ، وهذه نظرية الشافعية والحنابلة على المشهور من روايات مذهبهم ؛ و (الثانية) أن الملكية تنتقل إلى الورثة فى الجزء غير المشغول بحاجة الميت ، أما المشغول بحاجته فإنه يستمر على ملكية الميت ، أو حكم ملكته . فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة ، لأنها كلها مشغولة بحاجته . وإن كانت غير مستغرقة فإنه ينتقل إلى ملك الورثة بمجرد الوفاة الجزء غير المشغول بحاجته ؛ فتكون ملكية الورثة فيما بعد الدين . وهذه نظريه الحنفية وإليها يميل المالكية .

كان الظاهر أن يتبع الملكية على أنه ثمرة لها — حرية التصرف . فكان ينبغى على مقتضى هذا الظاهر أن تجوز التصرفات عند الذين حكموا بانتقال الملكية ، ولكن لآرائهم فى العقود ، لا فى التركة — قيدوا حرية التصرف . ولذلك لم يكن جواز التصرفات مقررا عند الشافعية تبعا لهذه الملكية . وليتبين الموضوع نقول :

٥٤ — إنه على مذهب الحنفية الذين قرروا أن الملكية تنتقل فى غير المشغول بحاجة الميت أى بالدين — قرروا أنه فى حال استغراق التركة بالدين لا يجوز أى تصرف من الورثة فى التركة إلا فى إحدى أحوال ثلاث :

(أولاها) أن يطلب إليهم القاضى بيع التركة أو بعضها لسداد الدين ، وفى هذه الحال يكون بيعهم جائزا نافذا لأن القاضى اقامهم مصفين للتركة ؛ وبهذا الوصف ساغ البيع ونفذ .

(ثانيتها) أن يرتضى الدائنون تسوية الأمر بينهم وبين الورثة ؛ ويرتضوا أن يقوم الورثة بالعمل على البيع وسداد الدين ، ويتفقوا معهم على أوقات البيع ، والأسعار المناسبة ، أو يفوضوا أمر السداد إليهم ثقة بهم ؛ وفى هذه الحالة يسوغ تصرفهم ، لأن المنع كان لحق الدائنين ، وقد ارتضوا بتصرفهم . أو ارتضوا بتصرف بعضهم ، لأن لهم خلافة عن الميت . وإن كانت خلافة ناقصة لم تثبت ملكية لاستغراق التركة بالدين ، وتعلق حقوق الدائنين بها .

(ثالثها) أن يستخلصوا التركة إما بسداد الدين ، وليس للدائنين اختيار فى قبول ذلك السداد . وإما بتقديم كفيل يرضاه الدائنون فتثبت فى ذمته . ويكون ذلك الضمان تبرعا ، أى بأن يبرئ الضامن الميت من الدين ؛ وإما بأن يضمن الورثة مجتمعين الدين ، ويرتضى الدائنون ضمانهم ، وتنتقل الديون إلى ذممهم . وإما بأن يضمن أحدهم السداد متبرعا ، ففى كل هذه الأحوال تستخلص التركة . ويكون للورثة حق التصرف ، ولو كانت مستغرقة بالدين . وبالأولى تجوز القسمة والصلح . وكل تصرفات الملاك فى أملاكهم .

هذه هى الأحوال التى يجوز فيها تصرف الورثة فى التركة المستغرقة بالدين وفى غير هذه الأحوال لا يجوز عند الحنفية أى تصرف فيها لأنه لا ملكية لهم ولا إنابة من الميت ، ولا من القاضى . والخلافة ناقصة .

٥٥ — وإذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين . بأن كان الدين لا يحيط بها . فإن الملكية تثبت لهم عند الحنفية فيما وراء الدين ، وعلى ذلك تثبت الشركة بينهم وبين المتوفى ؛ فعلى حكم ملكه لا يؤدى منه الدين . والباقى على ملك الورثة . ولقد قررنا أنه فى هذه الحال يجوز القسمة استحسانا على أن يخصص للدين قدر يكفيه ؛ فإذا كانت التركة قد قسمت على الوضع فإن تصرف كل وارث فى حصته فى عينها أو منافعها يجوز ، إلا أن التصرف فى عينها ببيع أو هبة أو نحوهما يكون قابلا للنقض إذا نقضت القسمة ، إما لأن الجزء المخصص للدين لم يكفه ، وإما لهلاكه ، وإما لظهور دين جديد لم يكن معروفا . ففى هذه الأحوال ينقض التصرف لنقض القسمة . وهى أحوال نادرة الوجود . ولذلك يمنع التصرف لأجلها ، ولا تغرير بأحد ؛ لأن التغرير إنما يكون حيث يتوقع النقض ويكثر ، ولم يكن نقض القسمة متوقعا ، لأن هذه الأمور لم تكن متوقعة لندرتها .

٥٦ — هذا هو حكم التصرف إذا كانت التركة مدينة بدين غير محيط بها ، وكان التصرف بعد تمام القسمة ، أما إذا كان التصرف قبل تمام القسمة وتخصيص جزء الدين يكفى لسداده ، فلذلك حالان (إحداهما) أن يكون بيع شىء معين ، (والثانية) أن يكون بيع حصة شائعة فى التركة كلها ، بأن تكون التركة ضيعة فيبيع حصة شائعة فيها ؛ أو يبيع حصة شائعة من شىء معين منها لا يتجاوز نصيبه فيه .

فإن كان البيع شيئا معينا من التركة قبل القسمة ؛ ففى هذه الحال يكون

البيع بيع شيء تعلق به حــق الدائنين ؛ ولغيره من الورثة ملكية فيه : فهو قــد باع ما يملك مع ما لا يملك ، وما تعلق به حق الغير : ولذلك لا ينفــذ تصرفه فى حق غيره ، ومن المقرر فى أحكام الشركة فى الملك أن أحــد الشركاء ينفذ تصرفه فى حصته ، ويتوقف فى حصة غيره : وهنا شركة ملك وتعلق حــق الغــير ، ولذلك قالوا أن ذلك البيع لا ينفــذ فى غير حصته ولا يلزم الدائنين ، وإن ارتضى الدائنون التصرف هم وسائر الورثة نفــذ فى جميع العين •

ولــو انفرد الوارث بالإرث . وباع شــيئا معينا وفى الباقى ســداد للدين فإن البيع ينفــذ .ولا يصح نقضه ويجــوز التصرف : وينفــذ أيضا إذا كان لسداد الدين بأمر القاضى ، لأنه فى هــذه الحال يكون مقــاما من القضــاء لتسديد التزامات التركة ، ومثل ذلك إذا كان الوارث البــائع هــو الوصى المختار من قبــل الميت : فإنه يجوز بيعــه شيئا معينا لسداد الدين وتنفــيذ الوصــــايا •

هــذا كله إذا كان التصرف فى جزء معين من التركة ، أما إذا كان البيــع لحصة شائعة ، فيختلف الحكم إذا كان لسداد الديون : أو لحسابه الخــاص فإن كان البيع لسداد الديون . ولم يكن هناك وصى ولا شــخص عينه القاضى لتنفيذ التزامات التركة ، فإن البيع يكون صحيحا فى حصته من الدين ، لأن من حقه أن يخلص نصيبه ولــو شائعا من الدين : فينفــذ البيع فيمــا يقــابل حصته ، ولابد أن يكون ذلك الغرض واضحا ، إما باتفاقه مع الدائنين على ذلك وإما بتسديد ذلك الجزء من الدين بالفعل : ومثل ذلك الحكم لــو كان للتركة وصى ولكنه كان غائبــا(٣٧) . أما البيع والوصى مقيم حاضر فإنه لا ينفــذ . لأن ولاية البيع للوصى بمــا له من خلافة على الميت فى ذلك •

وإذا كان بيــع الوارث حصة شائعة من التركة لحسابه ، لا لسداد الديون فإنه يجــوز إذا كانت تلك الحصـــة التى باعها لا تتجاوز حصته التى يستحقها بعــد ســداد الديون : وحينئذ يكون البيع نافــذا ، لأنه باع ما يملك شائعا ، وله بيتين ملك شائع إذا كان الدين غير محيط بالتركة على ما بينــــا • ومن المقرر فى أحكام شركة الملك أن من يبيع حصته الشائعة يكون بيعه نافــذا ما دام لا يتجاوز حصته ، ولقــد صرح بهــذا الجواز جامع الفصولين • فقــد جاء فيــه أن للوارث أن يأكل من التركة ، إذا كان فى الباقى وفاء للدين ولا وارث

---

(٣٧) جامع الفصولين جـ ٢ ص ٣٧ •

ســواه ؛ وجاء فيــه أنه لو باع للوارث الكبير شيئا من التركة ليس للوصى نقضــه إذا كان فى يده شىء غير ذلك يستطيع أن يبيعــه وينفــذ منه دينــه وينفــذ وصــاياه(٣٨) •

وهــذا بلا شك تطبيق دقيق لحكم الشركة التى تعلق بها حق الغير ، وفى هــذا الكتاب ما يفيد أن البيع حــق ولو كان معينا يجوز إذا كان من الورثة مجتمعين ؛ أو كان الوارث المنفرد بالإرث إذا تركوا جزءا يفى بالدين • وقــد نوهنا إلى ذلك فى الكلام فى حكم المعين •

٥٧ ــ هــذا هــو حكم التصرف فى المذهب الحنفى ، وهــو يستقيم مع أقيسته وهــو تطبيق لنظريته • أما المذهب المــالكى الذى يساير المذهب الحنفى فى نظريته أو يقــاربه ، فقــد قالوا فيــه فى التركة المستغرقة المشهور استغراقها ، أو المعلوم للورثة دينها أنه لا تجــوز قسمتها ، ولا يجــوز التصرف فيهــا بالتالى • وأما التركة غير المستغرقة بالدين فإن الرأى فيها عندهم مختلف ، فعند بعضهم القسمة لا تجــوز حتى يسدد الدين ، وبالأولى التصرف لا يجــوز إلا بعــد ذلك لصريح الآية الكريمة « من بعــد وصية يوصى بهــا أو دين » فحــق الورثة متأخر عن ســداد الدين ولأن حــق الميت براءة ذمته ، وقــد مضى إلى ربه ، فأصبح الحــق ليس حــق الدائنين فقط ، بل لله فيــه حــق ، وهــو براءة ذمة ذلك الذى مضى إليه •

وبعضهم أجاز القسمة ، وأجاز التصرف إذا كان فى الباقى من التركة ما يكفى لسداد الدين ولبراءة الذمة ، وذلك لأن تقــديم الدين على الورثة إنمــا هــو لحــق الغرماء ، فإذا حفظ من التركة ما يضمن الوفــاء بحقهم فقسمة ما وراء ذلك جائزة والتصرف فيه سائغ •

هــذا كله إذا كانت الديون معلومة للورثة ومعروفة ، أما إذا لم تكن معروفة للورثة ولا مشهورة ، فإن القسمة جائزة والتصرف جائز ، ولكن الورثة

---

(٣٨) الكتاب المذكور ص ٢٢ . هــذا ، وقــد جاءت فروع كثيرة فى الهــدية والتنبة وغيرهما يبدو منها بادى الرأى ان بين الأحكام فيها وفى غيرها تضاربا ، ولكن لــو فهمت النظرية الحنفية التى وضحناها فهما دقيقا لتبين التوافق او لتبين أن بعض الكتاب يعبر عن العقــد الموقوف بعــدم الجواز ؛ وذلك كثير جــدا فى كتب الحنفية ، او لتبين ان فى الكلام قيدا ملاحظا فى الكلام وان لم يصرح به .

يكونون ضامنين للديون عند ظهورها ، ولا يتبعون المشترين لعدم علمهم بحال المبيع ، وقد جاء في المدونة ما نصه :

« أرأيت إن باع الورثة تركة الميت . فأكلوها ، أو استهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت . قال مالك إن كان الرجل الميت معروفا بالدين ، وبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه ، وأكلوه كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة . واتبع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم لتبع الغرماء الورثة . ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل . ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم »(٣٩) .

٥٨ ـ هذا هو حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأولى ، وهي نظرية الحنفية والمالكية ، ولننتقل بعد ذلك إلى حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأخرى وهي نظرية الشافعي وأكثر الحنابلة . ولقد وجدنا الحنابلة الذين قالوا بانتقال الملكية إلى الورثة بمجرد الوفاة . ولو كانت التركة مستغرقة يجيزون قسمتها والتصرف فيها . ولكن الحق يستمر متعلقا بها ، أي يتتبعها أينما كان مالكها ، ويكون للدائنين الحق في أحد أمرين . إما استيفاء ديونهم من الورثة ، وإما نقض التصرف الذى نقلها إلى غيرهم ، وبيعها بأمر القاضي في سداد الدين ، فإن قضى الوارث الدين فليس للدائن وراء ذلك حق ، وان لم يقضه طلب الوارث نقض البيع ، وبيعت العين في الدين . وبعض الحنابلة الذين قالوا إن الدين يمنع الملكية حتى يوفى اعتبروا كل تصرف قبل سدادها فاسدا .

٥٩ ـ هذا هو حكم التصرف عند الحنابلة ، أما الشافعية وهم الذين حملوا لواء النظرية وقرروا انتقال الملكية المستغرقة بالديون إلى الورثة . فقد منعوه بالتصرف فيها بناء على قاعدة مقررة عندهم . وهي أن العين التي تعلق بها حق الغير لا يجوز التصرف فيها ، فلا يجوز بيع العين المرهونة قبل

---

(٣٩) المدونة جـ ١٣ ص ٥٩ طبع الساسي وقد نهج القانون المدني مثل ذلك المنهج ، فانه ذكر ان على المصفي أن يوجه تكليفا علنيا لمديني التركة ودائنيها ان يقدموا بيانا بما لهم من حقوق ، وبما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة ، فإذا صفيت التركة بعد ذلك ، وظهر دائنون بعد ذلك لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة لا يجوز لهم أن يثبتوا على كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم بغير حق ـ مادة ٨٨٦ ، ٨٩٧ .

فكاك الرهن . وعلى ذلك فالتصرف لا يجوز إلا إذا كان لأجـل سـداد الدين ، فبيع الوارث لحساب نفسه لا يجوز ، ولكن بيعـه لسداد الدين يجـوز ، ثم منع التصرف إنما هـو لحق الشارع وحق الدائن ، ولذلك لا يسوغ البيع ولو أذن الدائن . إلا إذا أبرأ المدين من الدين .

وهـذا سواء أكانت الديون محيطة بالتركة أم لم تكن محيطة بها ، ولكن ذكر بعض الشافعية جواز التصرف من الوارث بمقـدار حصته في التركة غير المستغرقة بعـد سـداد ديونها . وهـذا معقول في ذاته ومنطقى مـع مذهب الشافعية الذى يجيز تجزئة الضمان في الحقوق المتعلقة بالتركة .

٦٠ ـ هـذا هو حكم الشريعة على اختلاف مذاهبها فى التصرف فى التركة قبل سداد الديون . سـواء أكان قبل القسمة ام كان بعـدها ، ولننظر بعـد ذلك فى حكم القانون المدنى .

لقـد تعرض القانون المدنى للتصرف فى التركات فى موضعين . فى تصفية التركات . وفى أحكام البيوع . وأحـد النصـين مانع . والآخر مسوغ ، ولـكل موضوع خاص فلا تعارض . ولا شبهة تعارض : فأما النص المـانع فهو بيـع أى شيء من التركة قبـل شهادة التوريث ، فقد جاء فى المـادة ٨٨٤ « لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شـهادة التوريث المنصوص عليهـا فى المـادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة ... » .

وهـذا النص موضوعه التصرف فى شيء معين من التركة وخاص بالتركات التى عين لهـا مصف كما نوهنا ، وأما النص المسوغ فهو ما نصت عليه المواد ـ ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ فقد ذكرت هـذه المواد أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يكون ملزما أمام المشترى إلا بثبوت وراثته ، وهـذا البيع لا يسرى فى حق غيره إلا إذا اتخـذت الإجراءات الواجبة لنقل كل حق فيها ، فإذا كان فى التركة عقار لا يسرى البيع فى حق الغير إلا بعـد شهره بالتسجيل ، ولا تنتقل الملكية فيه إلى المشترى إلا بذلك أيضـا : ويدخـل فى بيـع التركة ديونهـا التى تكون لهـا قبل غيره . فإن كان البائع قـد استوفى بعضها أعطاه المشترى ثم يكون البيع منصبا على التركة بما لهـا من حقوق وما عليهـا من التزامات ، فيكون على المشترى أداء ما عليهـا من ديون ، فإن كان البائع قـد وفى بعضها أو كلها رجع بمـا وفى على المشترى .

وظاهر من هـذه الخلاصة أن موضوع البيع هو التركة بمغانمها ومغارمها سواء أكان المبيع التركة كلهـا أم كان المبيع بعضا شائعا فيها . فإذا كان الوارث مستحقا للتركة كلهـا وباعها على هـذا الوضع ، أو باع الورثة مجتمعين التركة كلها على هـذا الوضع فالبيع سائغ ، وكذلك إذا كان البيع من بعض الورثة ، وباع أسهمه من الميراث ، كزوج يبيع الربع أو النصف يكون بيعـه جائزا . أو يحل المشترى محله فيأخـذ ما كان يستحقه صافيا .

هـذا الحكم عام يشمل ما إذا كان المشترى من الورثه . وما إذا كان المشترى أجنبيا ، ويكون أجنبيا حتمـا إذا كان المشترى يشترى التركة كلها ، أما إذا كان يشترى بعضا شائعا فيها ؟ فإنه يحتمل ان يكون أجنبيا ، ويحتمل أن يكون من الورثة ، وإذا كان المشترى أجنبيـا فإن لبـاقى الورثة حـق الاسترداد ، وإنكان من الورثة فإن الوارث المشترى يضرب بسهامه فى التركة وسهام من اشترى منه ، وإن كان باقى الورثة الذين اشتروا سـهام الوارث الذى يبيع ، فهـذا هـو الذى يسميه الفقهاء التخارج . وله أحكام وحـدود سنبينها عند الكلام عليه فى موضعه من أحكام المواريث .

٦١ ـ وقبل أن نترك الكلام فى بيـع التركات الذى جاء فى القـانون تشير إلى أن القانون أجاز بيـع التركة بمـا لها من ديون . وقـد ذكرنا أنه إذا كان البائع قـد استوفى شيئا منها أعطاه لمشترى . وبيـع الدين لغير من عليه الدين جائز فى القانون ، وأساسه هـو جواز حوالة الحـق . بأن يطالب بالحـق من لم يكن صاحبه فى الأصل ، وبيـع الدين لغير من عليـه الدين لا يجـوز فى المذهب الحنفى ؛ وحوالة الحـق لا تجوز . لأن تمليك الدين لغير من عليـه الدين لا يجـوز ، ولـكن صرح فقهـاء فى المذهب الحنبلى بجـواز ذلك . وتحايل بعض فقهاء الحنفية على تجويزه ، ونريد أن نستطرد فنبين جـواز ذلك ، كما جاء فى المذهب الحنبلى . وكما تحايل فقهاء الحنفية لجوازها .

لقـد بين ابن تيمية جواز تحويل الدين لغير من عليه الدين ، وبين أنه معاونة على الاسـتيفاء ، وعلل ذلك بأنه لم يرد نص عام ولا نص خاص يمنع ذلك ، ولأن حوالة الحقوق من جنس المعاونة على اسـتيفاء الحقوق . ولذلك ذكر النبى صلى الله عليه وسلم الحوالة فى معرض الوفاة فقال فى الحـديث : « مطل المغنى ظلم ، وإذا اتبع أحـدكم على ملىء فليتبع » .

أما المذهب الحنفى فمـع أن أقيسته الفقهية لا تتسع لقبول حوالة الحقوق

فقد تحايلوا لتجويزها . ذلك بأن فقهاءه امتازوا بالقدرة على استخراج المخرج الفقهية إذا ضيقت عليهم الأقيسة أبواب الفتوى ، وقد وجدوا لحوالة الحقوق مخرجا . وأفتى بها بعضهم ، ولذلك جاء فى البدائع جوازها . واعتبروها توكيلا بقبض الدين . وهذا نص قوله :

وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بها من غير من هى عليه . فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز : بأن يقول لغيره : بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا ؛ أو يقول : اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان بكذا . أو يقول اشتريت منك هذا الدين الذى فى ذمة فلان . وذلك لا يجوز لأن ما فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه . والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر ، بخلاف البيع والشراء ممن عليه الدين ، وإن لم يضف العقد إلى الدين الذى عليه جاز ، ولو اشترى شيئا بثمن دين ولم يضف العقد إلى الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذى أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض . أم لا يجوز كالسلم ونحوه ؛ وذكر الطحاوى أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض ، وهذا غير سديد ؛ لأن هذا توكيل بقبض الدين ؛ فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال له ؛ والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ، ويكون قبض الوكيل كقبض موكله(٤٠) .

ونرى من هذا أن بيع الدين سائغ جائز فى المذهب الحنفى والحنبلى ، وما جاء فى القانون المدنى فى هذا المقام غير بعيد عن الفقه الاسلامى والله أعلم .

---

(٤٠) البدائع الجزء الخامس ص ١٨٢ ، وأحمد بن حنبل للمؤلف ص ٢٨٠ فى باب القياس الجلى .

القسم الثانى

أحكام المواريث

٦٢ – المستحقون للتركة :

قلنا أن أول شيء يتعلق بالتركة بعد الوفاة هو تجهيز الميت وتكفينه هو ومن كان يجب تجهيزه وتكفينه إذا مات قبله ، ولم يكن قد جهز وكفن - كابنه إذا مات قبله ، وقبل أن يدفن مات الأب : وكالزوجة إذا ماتت قبل زوجها ، فإذا مات قبل تجهيزها جهزت من ماله أخذا برأى أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو الراجح المشهور فى المذهب - وهو أن تجهيز الزوجة وتكفينها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ، لأن نفقتها كانت واجبة عليه ، والتجهيز تبع لها •

وبعد التجهيز والتكفين تسدد الديون التى للعباد كما بينا - ويبدأ من الأعيان التى تعلقت بها الديون قبل الوفاة بسداد هذه الديون منها ؛ وما بقى فلسائر الديون ؛ ويبدأ على مقتضى أحكام المذهب الحنفى بديون الصحه ، وهى الديون التى ثبتت فى حال الصحة ؛ بأى طريق من طريق الإثبات • والديون التى ثبتت فى حال المرض بغير الإقرار - وديون المرض هى الديون التى ثبتت فى حال المرض بطريق الإقرار وحده • وبعد سداد ديون الصحة تؤدى ديون المرض ، فإن كان الباقى لا يكفيها أديت الديون بالمحاصة ، اى بنسبة بعضها لبعض ، وهكذا •

وبعد سداد الديون بأنواعها إن بقى شيء تنفذ منه الوصايا التى لا تزيد على ثلث التركة ، ومنها الوصية الواجبة ، وسنشرح فى هذا الكتاب طريق استخراجها •

وبعد ذلك يكون الباقى من التركة للورثة ، ومن فى حكم الورثة ، كالمقر له بنسب فيه تحميل النسب على الغير وبيت المال •

٦٣ ـ وقد رتب القانون بين المستحقين فى المادة الرابعة(٤١) منه ، فذكر أنه يؤدى من التركة أولا ما يكفى للتجهيز والتكفين له ، ولمن كان يعوله فى حياته . ثم تسدد الديون • ولم يفصل طريق سدادها ، وقد ترك ذلك إلى ما اشتمل عليه المذهب الحنفى . وما جاء خاصا بالتركات من أحكام القانون المدنى . وقد بينا ما فى كليهما فى القسم الأول . وهو الخاص بأحكام التركات العامة ، مع الموازنة بين المذاهب فى ذلك ، ثم بينا أنه يلى سداد الديون تنفيذ الوصايا التى تخرج من الثلث ، وطرق استخراجها ثم يتعرض لها قانون الميراث . وتركها لقانون الوصية . وسنتكلم عن الجزء الذى يجب بيانه فى الميراث عند بيان حلول المسائل التى تكون فيها وصايا ومواريث •

ولقد ذكر القانون أنه يلى الوصية النافذة من غير حاجة إلى اجازة أحد حق الورثة سواء أكانوا أصحاب فروض ، أم كانوا عصبة أم كانوا ذوى أرحام . وسواء أكانت العصبة نسبية . أم سببية • وهى التى يكون سببها ولاء العتاقة . على ما سنبين فى أسباب الميراث ، بيد أن القانون أخر ولاء العتاقة فى الميراث على الرد على الزوجين ، وجعل الرد على الزوجين بعد ذوى الأرحام . وهو ليس من مذهب الحنفية ؛ أما الرد على ذوى الفروض غير الزوجين . فهو مقدم على ذوى الأرحام ؛ وسنبين ذلك عند الكلام فى الرد •

٦٤ ـ وإذا لم يكن ثمة وارث ؛ فإن التركة تكون لمن يأتى :

(أ) المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ؛ كمن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه . أو ابن ابنه ، أو ابن بنته ، ولم يثبت ذلك بدليل آخر غير الإقرار ، فإنه لا يعد وارثا له ، ما دام هناك وارث سواه ، ولو كان أحد الزوجين ، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، لا تتجاوز إلى غيره ومن أقر لشخص بأنه أخوه ، فقد تضمن إقراره ادعاء بنوته من أبيه فلا يثبت بذلك الإقرار النسب ، ولكن يلزم المقر ما يكون فى دائرة حقوقه ،

---

(٤١) هذا نص المادة الرابعة : (يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى : أولا ـ ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن . ثانيا ـ ديون الميت . ثالثا ـ ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية . ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة . فإذا لم يوجد ورثة قضى فى التركة بالترتيب الآتى : أولا ـ استحقاق من اقر له الميت بنسب على غيره . ثانيا ـ ما اوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية . فإذا لم يوجد احد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة) .

وواجباته ، فيشاركه فى الميراث إن لم يكن وارث سـواه . وتجب ... نفقته إذا كان من أقر لـه فقيرا عاجزا عن الكسب .

والإقرار بالنسب الذى يكون فيـه تحميل النسب على غـيره يكون فى الإقرار بغير الأبوة المباشرة والبنوة المباشرة . أما الإقرار بهما . فإنه لا يكون فيه تحميل النسب على غيره ، فمن أقر لشخص بأنه ابنه واستوفى الإقرار شروط صحته . فإنه يكون ابنه ، ويشارك فى الميراث سائر أبنائه . ومن أقر لشخص بأنه أبوه ، واستوفى شروط صحة الإقرار عامة . والإقرار بالنسبة خاصه . فإن الإقرار يكون صحيحا ، ويرث منه . ويشارك أولاد المقر بنصيبه معهم إن كان للمقر أولاد .

والقانون قـد جعـل المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بعـد الوارثين الثابتة أسباب ميراثهم ثبوتا لا شك فيه ، ولم يجعله من ضمن الورثة ، بل جعله من المستحقين للتركة بغير الميراث . وذلك لأن إقراره . وإن لم يثبت القرابة المسوغة للميراث — قـد بين إرادته فى أن يكون هـذا وارثا لـه ، فتنفـذ إرادته ، بيـد أنه إذا استحق . فإنما يستحق بسبب ذلك الإقرار . وأقصى ما كان يؤدى إليـه الإقرار لو أعمل أن يكون أخا أو عمـا . فإذا استحق شيئا ، فيلاحظ أنه يشترط فى استحقاقه ما كان يشترط فى الأخ والعم ونحوهما . ولذلك لا يستحق إذا اختلف الدين ، وبعبـارة عامة إذا قام مانع من موانع الإرث ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« والمقر له بالنسب (أى الذى فيه تحميل على الغير) غير وارث ، لأن الإرث يعتمد ثبـوت النسب . وهـو غير ثابت بالإقرار . غير أن الفقهاء اجروا عليـه حكم الوارث فى بعض الأحـوال ، لتقـديمه على الموصى له بما زاد على الثلث بالنسبة للزائد ، ولاعتباره خلفـا عن المورث فى الملك ، فـله أن يرد بالعيب . ولمنعه عن الإرث بأى مانع من موانعه .

وإن ميراث المقر لـه بنسب فيـه تحميل على غير المقر لم يذكر فقط فى المـادة ٤ بل ذكر فى المـادة ٤١ ، واشترط لاستحقاقه مـع الشروط السابقة ألا يكون معروف النسب ، فإذا أقر لشخص بأنه أخـوه ، وكان المقر لـه ذا أب معروف بنسبته إليه ، فإنه لا يستحق شيئا ، لأن شرط الأخـذ بالإقرار ألا يقوم الدليل على كذبه ، ولا شـك أنه إذا كان للمقر لـه أب وقـد أقر المقر بأنه

أخــوه شقيقه أو لأبيه ، فإن ذلك يكون دليلا على كــذب الإقرار ، ولو أخــذ به لكان فى ذلك أخــذ بالدليل الأضعف المثبت . فى مقابل الدليل الأقوى النافى لمـا يثبتــه الإقــرار .

وكذلك يشترط لاستحقاقه فى التركة ألا يرجع المقر عن إقراره ، لأنه إن رجع فى إقراره يكون قــد كذب نفسه من غير أن يثبت قوله الأول حقا فى النسب للمقر له . لأن استحقاقه فى التركة ــ الأساس فيه تنفيذ إرادة الميت المقر فى إلحاقه بقرابته ، وإعطاؤه ما يأخــذه من درجته من ذوى قرباه ، وإذا رجــع فى إقراره تكون هــذه الإرادة غير موجودة . فلا يستحق شــيئا ، لزوال سبب الاســـتحقاق(٤٢) .

ويلاحظ أنه إن ثبتت الأخوة أو العمومة بحجة تامة يثبت النسب ، ويكون استحقاقه بوصف كونه أخا صحيح النسب ، فيأخــذ نصيبه فى درجته من القرابة . لا بعــد ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين كما هــو مبين فى توزيع التركة . وكما سنشرحه .

---

(٤٢) نريد فى هــذا المقام أن ننبه إلى أمرين : (أحــدهما) أن الإقرار بالبنوة غير المباشرة . وقــد قررنا أن يكون فيه تحميل النسب على الغير ، ولكن جاء فى الدر المختار أن ذلك مقيد بمـــا إذا كان أبو المقر لـــه موجودا ، أى أنه مقيد بكون المتوسط حيا . فإذا كان ميتا . فليس فيه تحميل نسب على غيره ؛ ويظهر من سبب هذا التقييد أن مثل ذلك الإقرار بالأبوة غير المباشرة .

(ثانيهما) أن إقرار الورثة لغيرهم باستحقاق الميراث معهم معتبر ، سواء أكان الإقرار منهم جميعا . أم كان من بعضهم ، غير أنه إذا كان الإقرار منهم جميعا يلزمهم جميعا . فلو كانوا ثلاثة أبناء ، وأقروا برابع كان الميراث بينهم هم الأربعة ، وإن كان المقر بعضهم الزم من أقر بإقراره ، فإذا كانوا ثلاثة ، وأقر واحــد منهم بابن رابع ، شاركه فى نصيبه هو ولم يشارك سائر الأبناء ، فيكون نصيب المقر بينه وبين المقر له ما لم يكن عــدد من أقر بينة قــد أثبتت النسب ، فإنه أن كان المقرون عــددا وكانوا عــدولا يتكون منهم نصاب الشهادة كان ذلك الإقرار شهادة أى حجة تامة تلزم الكافة وتثبت النسب ، وتجيء الوراثة تبعا لذلك ، وعلى ذلك يشارك الجميع ، وإذا كان المقر غير عــدل ، أو لم يتكون نصاب الشهادة ، وهو رجلان أو رجل وامرأتان ، فإن المقر له يشارك المقر فى استحقاقه دون سواه ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره .

ويستخلص من هــذا أنه حيث كان الإقرار مثبتا للنسب يثبت الميراث ، ويلزم به الكل ولو كان المقر هو البعض ، ويكون ذلك إذا وجــد نصاب الشهادة وشرطها ، وهو العــدالة ، وإذا لم يكن الإقرار مثبتا للنسب فإن الميراث يثبت على الجميع إن كانوا مقرين . وعلى من أقر فقط ، إن كان بعضهم أقر .

٦٥ — (ب) والمرتبة الثانية من المستحقين للتركة من غير الورثة . الموصى لـــه بأكثر من ثلث المـــال فى الجزء الزائد : لأن ذلك الزائد إنما امتنع آخـــذه لحق الورثة ، وليس ثمة ورثة فيستحق كل الموصى به : وذلك بإجماع الأئمـــة الأربعة ، فلا خلاف بينهم فى أنه إذا لم يكن وارث تكون الوصية بأكثر من الثلث نافـــذة إذ التقيد بالثلث إنمـــا هو لحق الورثة . باتفاقهم أجمعين ، وموضع اختلافهم هـــو فى الوصية بأكثر من الثلث عند وجـــود الوارث . فالحنفيـــة والحنـــابلة قرروا أن الوصية تكون صحيحة . ويتوقف نفـــاذها فى الجزء الزائد على الثلث على إجازة الورثة ؛ وبذلك أخـــذ قانون الوصية ، فلم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، وإنما جعل للورثة إبطالها ؛ وقال الشـــافعية وبعض المـــالكية : إن الوصية بأكثر من الثلث عند وجـــود الوارث باطلة فى الزائد عن الثلث ، فإن أجاز الورثة الزيادة تعتبر إجازتهم تبرعا مبتـــدأ • ويستند إليهم التبرع ، ويشترط فيـــه ما يشترط فى التبرعات المبتـــدأة ، ولا يعتبر إمضاء لعمل الموصى مضافا إليه ، على أنه صادر عنه •

ولقـــد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الموصى لـــه القـــاتل يعقب الموصى لـــه بأكثر من الثلث ، أى أنه إذا لم يكن موصى لـــه بأكثر من الثلث . أو كان وأخـــذ الزيادة وبقى بعـــدها من التركة فضل مال • فإنه يكون للموصى لـــه القـــاتل هكذا نقـــل صاحب السراجية عن بعض الفقهاء ، ولكنه رجـــح أن الوصية للقاتل تكون غير صحيحة فى ذاتها ، كما هـــو رواية عن أبى حنيفة •

والحق أن الرواية المشهورة عن أبى حنيفة ومحمد توقفها على إجازة الورثة • وعند أبى يوسف أنها تولد باطلة • ولكن الذى عليـــه الفرضيون أن الموصى له إن قتـــل الموصى ، وليس له ورثة لا يستحق شيئا . إما لأن الوصية متوقفة على إجازة الورثة ، فإن لم يكن ورثة فليس لهـــا مجيز فتبطل • ككل تصرف موقوف ليس لـــه مجيز . وليست كالوصية بأكثر من الثلث ، لأن الوصية بأكثر من الثلث صحيحة ، ولكن للورثة الاعتراض عليها وعـــدم تنفيذها لحقهم • بخلاف الوصية للقاتل فإنها تكون من أول الأمر موقوفة على إجازتهم ، لأن لهم العفو عن القاتل باعتبارهم أولياء الدم ، فبالأولى لهم إجازة التصرف المـــالى لـــه ؛ وهـــذا عند من يقول : أنها تتوقف على إجازتهم •

وإما لأن القتل يبطلها كما هـــو رأى أبى يوسف ، وبذلك أخـــذ قانون الوصية فليس للموصى له القاتل شىء من التركة ، بمقتضى هـــذا القانون وبمقتضى مشهور أحكام الفقهاء فى المواريث •

٦٦ ـ (جـ) والمرتبة الثالثة من المستحقين من غير الورثة ـ بيت المال ـ وهو القسم الخاص بأموال الضوائع من أقسام بيت المال ـ فالتركة تذهب إلى بيت المال إذا لم يكن ورثة ، على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك ، لا على أن بيت المال وارث ، وهذا ما تفيده عبارة القانون بترتيبها للمستحقين وبصريح العبارة ، وقد أخذ هذا الحكم من المذهب الحنفى ، فعبارة كتبه صريحة فى هذا كما جاء فى أقسام بيوت المال ، وكما جاء توزيع التركات • ولذلك يأخذ تركة المسلم والذمى على سواء من غير تفرقة ، ويصرف فى مصارف بيت مال الضوائع ، وإذا كان ميراثا ما أخذ تركة أهل الذمة ، لأن بيت مال المسلمين ما فيه هو لجماعة المسلمين فلو كان ما يأخذه ميراثا ما ساغ لبيت المال أن يأخذه إذا وضع بيت المال يده على التركة فهى استيلاء على مال ضائع ، فإذا أقام شخص الدليل على ملكيته له بأن أقام الدليل على أنه الوارث دون سواه ، لا يعد المال ضائعا ، بل يكون عليه تسليمه له ، ومثله فى ذلك مثل من التقط شيئا فعرف عنه ، ثم وجد من ادعى ملكيته ، وأقام الأمارات المثبتة فإنه يجب عليه أن يسلمه له •

٦٧ ـ هذا ، وقبل أن نترك الكلام فى المستحقين للتركة من غير الورثة ـ ننبه إلى أمور أربعة :

أحدها ـ أن الموصى له بأكثر من الثلث وبيت المال لا يشترط فيهما ما يشترط فى الورثة ، كالمقر له بالنسب من حيث اتحاد الدين ، لأن الوصية تصح مع اختلاف الدين ، وبيت المال كما هو مقرر فى الفقه الحنفى وقانون الميراث لا يستحق بمقتضى كونه وارثا ـ بل باعتبار التركة من الضوائع •

ثانيها ـ أن إعطاء المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره هو رأى الحنفية والشافعية لا يعطونه ، لأنه إما أن يثبت النسب فيأخذ بمقتضى قرابته ويثبت نسبه بحجة تامة تلزم الكافة ، وإما ألا يثبت النسب بهذا الإقرار ، والنسب هو السبب الموجب للاستحقاق ، فإذا لم يتحقق ، فلا يوجد السبب ، وحجة الحنفية ما ذكرنا من أن اعطاءه ، إنما هو لتنفيذ إرادة الميت ، لا للاستحقاق بالنسب الموجب للميراث إذا لم تكن وصية •

ثالثها ـ أن الفقهاء اختلفوا فى بيت المال ، أيأخذ بعد أصحاب الفروض وقبل الرد أم بعد ذوى الأرحام ، ثم ما نوع استحقاقه أهو ميراث أم على أنه مال لا ملك له ، كما اختار القانون •

أما بالنسبة لمرتبة استحقاقه : فقد قال الحنفية والحنابلة وبعض المالكية أن مرتبته هى بعد ذوى الأرحام على خلاف الحنفية مع غيرهم بشأن المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وقال الشافعيه أن بيت المال إذا كان القائم عليه عدلا يقدم على الرد . أى أنه لا رد على أصحاب الفروض . ولا ميراث لذوى الأرحام ، وإن كان القائم عليه غير عدل فإن المال يرد على أصحاب الفروض ، وسنبين ذلك فى موضعه . وذلك كله إذا لم تكن ثمة وصية وإلا فهى مقدمة عليه على ما بينا .

وأما الخلاف فى نوع استحقاق بيت المال : فالحنفية والحنابلة وبعض المالكية قالوا : إنه لا يعتبر وارثا . وإنما يأخذ التركة على أنها مال ضائع . كما بينا ، وبعض الشافعية يعتبرون ما أخذه بيت المال على أنه وارث . لأن جماعة المسلمين يستحقون فى مال من يموت من غير وارث . كما يعقلون عن جناية من لا عاقلة له ، فهذه الصلة الرابطة فما أوجبت الحق أوجبت الميراث . وقد بينا حجة الأولين فيما مضى ، وما أخذ به القانون ، والاختلاف فى هذا المقام نظرى . أثره فى العمل قليل .

رابعها — أن المستأمن إذا لم يكن له وارث فى دار الإسلام ، وكان له وارث فى دار الحرب ، لا يملك بيت المال ماله ، لأنه ليس مالا ضائعا . بل له مالك فى دار الحرب ، وله احترام ؛ لأن من كان واضع اليد عليه ليده حرمة بعقد الأمان الذى عقده واستأمن به ؛ فهو لا يحفظ لاحترام ملكية المقيمين بدار الحرب ، بل لاحترام الأمان الذى عقد . ولذلك إذا أوصى بكل ماله لشخص فى دار الإسلام أعطى ذلك الموصى له كل المال من غير نظر إلى حقوق الورثة ، لأن الأمان الذى عقده هو الذى أوجب صيانة ماله . وبموجب الأمان تنفذ إرادته فى ماله(٤٣) .

الوراثة وأسبابها وترتيبها

٦٨ — ذكرنا المستحقين للتركة من غير الورثة ، وهنا نذكر الورثة . وأسباب الوراثة عند جمهور الفقهاء ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والولاء(٤٤)

---

(٤٣) راجع شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

(٤٤) الولاء صلة تربط الشخص بغيره . فتجعله فى بعض الأحكام كأقاربه . وهو ليس من أقاربه ، والولاء قسمان مختلفان . فرق بينهما سببه . ولاء العتاقة وولاء =

والأمران الأولان مجمع عليهما فى الفقــه الإسلامى ، والأخير مختلف فيه بنوعيه وإن كان الاختلاف فى ولاء العتاقة يسيرا ، لأنه لم يخالف فيه إلا الإباضية(٤٥) وأما ولاء الموالاة ، فالجمهور على عـدم اعتباره سببا من أسباب التوريث لأن الإرث لا يكون بالاتفاق والحلف ؛ وإنما ذلك أمر جاهلى نسخه الإسلام ولم يعتبر ولاء الموالاة سببا من أسباب الإرث إلا الحنفية • وحجتهم قــوله تعــالى : « ولكل جعلنا موالى ممــا ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » فإن هــذا الكلم المحكم يفيد أن العقــد يوجب الميراث كالقرابة ، والعمــل الآن على رأى جمهور الفقهاء الذين قرروا أن ولاء الموالاة ليس سببا من أسباب التوريث . لأن قانون الميراث لم يذكره بين الورثة • ولا بين الذين يستحقون التركة أو بعضها من غير الورثة •

=

الموالاة . فولاء العتاقة صلة الشخص وعصبته بعبد أعتقه ؛ فإن تلك الصلة تسمى ولاء العتاقة ، اى الولاء الذى سببه العتق ، وهــذه الصــلة من آثارها ان المعتــق وعصبته الذكور يرثون المعتق إذا لم يكن له وارث آخر بمقتضى قانون الإرث ، وكانت مرتبتهم قبل القانون انهم يرثون بعــد العصبة النسبية ، وقبل الرد وذوى الأرحام ، وذلك عند جمهور الفقهاء .

وولاء الموالاة عقد بين عربى واعجمى اسلم ، على أن يعقل العربى عن الأعجمى إذا جنى ، اى يدفع الدية . ويرثه إذا مات من غير وارث مطلقا ، وقــد اشترط الحنفية للتوريث بمقتضى هــذا العقد . ان يكون العاقــدان لهما ولاية العقد بأن يكون كلاهما بالغا عاقلا حرا لأنه عقــد يشترط له ما يشترط للعقود النافــذة ، كما يشترط فى المولى الا يكون عربيا . ولا عتيقا لعربى لأن ولاءه يكون له ، ويرثه عند الحنفية وليه العربى ، ويشترط الا يكون له اقارب مستحقون لميراثه كله ، فإن كانوا مستحقين بعضه كأحــد الزوجين عند الحنفية فإن الباقى يكون للمولى العربى اى المولى الأعلى ، ثم لعصبته بأنفسهم من بعــده كمولى الموالاة .

(٤٥) الإباضية فرقة من فرق الخوارج ، وهى فرقة معتدلة ، ولذلك بقى ناس منها إلى اليوم . وقــد قالوا ان الميراث لا يثبت بولاء العتاقة لانه لا قرابة بينه وبين المعتق ، ولا دليل صح فى نظرهم يوجب الوراثة ، والميراث عندهم للزوجين وذوى القرابة ، فإن لم يكن له قرابة قط ورثه اهل جنسه من المسلمين ، فإن كان عربيــا ورثه العرب . وإن كان فارسيا استحق منه الفرس ، وإن كان مصريا استحق ماله المصريون ، وإن كان له معتق من جنسه استحق ماله بسبب الجنسية التى قــواها إعتاقه له . فإذا كان المعتق زنجيا والعتيق مثله ولا وارث له من قرابته فإنه يستحق وحــده الميراث . ويشترط لوراثة الجنس الا تكون زوجية ولا قرابة ولا وصية ، ولقد قال من الإباضية مقالة الجمهور ابو صالح الدهان ، نجعل للمعتق حقا بعــد الوصية كجمهور الفقهــاء .

وإنمــا كانت تلك الأمور الثلاثة هى أسباب الوراثة . لأن الوراثة خلافة عن الميت . كما هــو مقرر شرعا ، وهــذه الخلافة إنما تكون لمن تعتبر حياته امتدادا لحياته ، ولمن كان يؤثره بالمودة فى القربى . ولمن كان يشركهم فى حياتهم ويشاركونه فى حياته ، وأولئك هم قرابته الأدنون ، ومن يليهم وزوجــه ، ومن أجرى الله سبحانه وتعالى على يديه نعمــةالحرية لــه . وهــو مولاه الذى أعتقه وقرابته ، فإذا لم تكن له تلك القرابة القريبة أو البعيدة ، فلمن أراد أن يكون مالــه لــه ، إما لفضــل إيثاره بمعــاونة عاونه غيهــا أو لصــدقة يبتغى بهــا وجــه الله . فإن لم يكن من أراد أن يخلفــه فى مالــه خلفــه فى ماله جماعته التى استظل بظلها ، والتى يعتبر وجودها حياة له ، وهم أهل دينه وملتــه ؛ ولذلك كان بيت مال المسلمين وارث من لا وارث لــه عند من يقول أنه يأخــذه باعتباره وارثا ، وقــد قلنــا أنه لا يأخــذ بهــذا الاعتبار عند أكثر الفقهاء . وهــو الذى اختاره قانون الميراث .

٦٩ ــ والشارع وإن كان قــد اعتبر الزوجية والقرابة والولاء أسبابا للتوريث لم يجعلها رتبة واحــدة بل جعل القرابة مراتب مختلفة . واعتبر الولاء فى ضمنها ، وأقربها مقــدم على غيره : ويعتبر له حاجبا بسبب تقــدم مرتبة من يليــه ، وهــكذا .

كما لم يجعل الشارع الإسلامى نظــام التوريث واحــدا . بل جعله على قسمين : أحــدهما توريث بالفرض وتقــدير ، ويستحقه الذين لهم أنصبة مقدرة بالنصف أو الثلثين أو الثلث أو السدس أو الربع أو الثمن ، وأولئك اثنا عشر وهم الأب . والأم ، والزوجان ، والإخوة ، والأخوات لأم ، والأخوات الشقيقات والأخــوات لأب ، والبنات ، وبنات الابن ، والجــد الصحيح ، وهــو الذى لا يتوســط بينه وبين الميت أنثى ، والجــدة الصحيحة ، وهى التى لا يتوســط بينها وبين الميت جــد غير صحيح كأم الأم ، وأم الأب ، وهؤلاء يسمون أصحاب الفروض ، لأن أنصبتهم مفروضة مقــدرة .

والقسم الثانى : ميراث غير مقــدر بتقــدير الشارع بالنصف أو الثلث أو الثلثين أو السدس أو الربع أو الثمن ، بل تقــديره نسبى وهو أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وينفرد الواحد فيه بالاستحقاق أحيانا ، وهذا يكون فى أمرين :

أولهما ــ ميراث العصبات ، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت

أنثى إذا كانوا ذكورا، أو إناثا كن ذوات فرض ، ولم يأخذن فرضهن لوجود ذكر عصبة كان فى طبقتهن أو فى حكم من يكون فى طبقتهن فعصبهن ، أو قمن مقام الذكر بدليل من أدلة الشرع . وهذا هو الوراثة بالتعصيب النسبى •

والأمر الثانى — هو توريث ذوى الأرحام وهم الأقارب الذين ليسوا عصبة ولا من ذوى الفروض كالعمات والأخوال وبنات الأخ وأبناء الأخ • فإن ميراثهم كميراث العصبات ، إن لم يكن من هو أولى منهم من العصبات والأقارب أصحاب الفروض •

٧٠ — هذان هما الطريقان الأصليان للتوريث : إما فرض مقسوم ، وإما أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهناك طريق ثالث وهو طريق إضافى تبعى . وليس بأصلى ، وهو طريق الرد : وذلك يكون إذا كان هناك أصحاب فروض ، وليس هناك عصبة . وأصحاب الفروض لا تستغرق أنصبتهم المقدرة التركة كلها ، أى أن الكسور المقدرة لا تكمل واحدا صحيحا كأن يكون هناك أم ، وأخت شقيقة : فإن الأم تأخذ الثلث والأخت تأخذ النصف ، فلا يكمل الواحد الصحيح . بل يبقى منه وهو السدس ، فإنه فى هذه الحال يرد على أصحاب الفروض بنسبة سهامهم : فيرد على الأم والأخت بنسبة اثنين إلى ثلاثة •

وأصحاب الفروض ليسوا سواء فى الرد ، فالزوجان من أصحاب الفروض لا يرد على أحدهما إلا إذا لم يكن هناك صاحب فرض آخر ، ولم يكن أحد من ذوى الأرحام ، أما غير الزوجين ، فيرد عليه إذا لم تكمل الأنصبة الواحد الصحيح . ولم يكن عصبة يأخذ الباقى ، فالرد على الزوجين مقدم على ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين مؤخر عن ذوى الأرحام ، ولذلك بيان بالتفصيل فى موضعه من الدراسة •

٧١ — والآن نجمل طريقة توزيع التركة بين الورثة ومن يليهم من غير الورثة الذين ذكرناهم :

أولا — يعطى أصحاب الفروض فروضهم المقدرة •

ثانيا — ما بقى من أصحاب الفروض يكون لأقرب العصبات وأولاهم للذكر مثل حظ الأنثيين •

ثالثا — إذا لم يكن عصبة ولم تستغرق أنصبة أصحاب الفروض التركة يرد على أصحاب الفروض غير الزوجين •

رابعا — ذوو الأرحام على ترتيب درجاتهم ، وذلك إذا لم يكن أصحاب فروض ولا عصبة من الأقارب ، فإن كان أحد الزوجين استحقوا ما بقى بعد أخذ فرضه ؛ وما يكون لذوى الأرحام يأخذه أولاهم به . للذكر مثل حظ الأنثيين •

خامسا — إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض الأقارب ؛ ولا أحد من ذوى الأرحام ، وكان أحد الزوجين فإنه فى هذه الحال يرد على أحد الزوجين باقى التركة •

سادسا — إذا لم يكن للميت أحد من أقاربه ؛ ولم يترك من بعده أحد الزوجين ، وكان عتيقا ، فإن ميراثه يكون لمعتقه ؛ فإن كان معتقه قد مات فإن ميراثه يكون لعصبة معتقه من الذكور فقط الأقرب فالأقرب ويسمى هذا التوريث بولاء العتاقة أو العصبية السببية •

وهذا الترتيب هو ترتيب قانون الميراث • وهو يخالف ترتيب الفقهاء وما كان معمولا به من قبل ، وسنبين ذلك وسند القانون فى موضعه من دراستنا إن شاء الله تعالى •

وهذا كله هو الترتيب بين الورثة : فإن لم يكن أحد من هؤلاء على قيد الحياة انتقل استحقاق التركة إلى غير الورثة • وهم الثلاثة الذين ذكرناهم آنفا ، وهذا ترتيبهم بالنسبة لغيرهم •

سابعا — المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بالشروط التى ذكرناها •

ثامنا — الموصى له بأكثر من الثلث بالنسبة للزيادة أى أنه يأخذ الجزء الزائد •

تاسعا — بيت المال باعتباره مالكا لكل مال لا مالك له •

شروط التوريث

٧٢ — ذكرنا أن القرابة الزوجية والولاء أسباب للميراث ، ولكن السبب لا ينتج عنه أثره إلا إذا تحققت شروطه وانتفت موانعه . ولذلك لابد لتحقيق الإرث بالأسباب السابقة من شروط ، وفى ضمن بيانها نتبين موانع الإرث •

وشروط ثبــوت الإرث ثلاثة :

أولها ــ موت المورث حقيقة ، أو حكما ؛ وموته حقيقة معروف ، وموته حكما يكون بحكم القاضى بموته . وذلك فى حال المفقود الذى لا تعلم حيــاته ولا موته ويغلب على ظن القاضى موته بامارات تدل على ذلك . وإن لم تكن قطعة . أو تصلح حجة فى الإثبات أو بموت أقرانه(٤٦) .

ثانيها ــ تحقق حياة الوارث بعــد المورث ، فإن لم تتحقق تلك الحياة على وجــه اليقين بعــد وفاة المورث لا يرث . وتتحقق تلك الحياة فى الحمل بولادته كله حيا فى المواقيت التى حــددها القانون على ما سنبين فى باب توريث الحمــــل(٤٧) .

ويترتب على ذلك الشرط أمران :

أولهما ــ أن المفقود لا يرث من يموت ممن تقــوم بينه وبينه أسباب الوراثة إذا مات بعــد فقــده ، وقبل الحكم بموته إذا حكم ؛ لأن حياة المفقود فى ذلك الوقت غير محققة . نعم إنهــا مفروضة بمقتضى الأصل ؛ لأنه ترك أهله حيا ، فتكون الحياة هى الأصل ولكنها حياة غير محققة ، وإن كانت مفروضة .

ثانيهما ــ أن من يموتون فى وقت واحــد ، أو لا يعلم السابق بالموت منهم ، ولم يقم دليل على ذلك لا توارث بينهم . وذلك كالغرقى والهــدمى والحرقى ، أى الذين يموتون غرقا ، أو يموتون بانهيار بناء عليهم ، أو يحرقون ، فــإذا مات أب وابنه فى حريق فلا توارث بينهما ؛ وميراثهمــا معــا لورثتهما ، كل لورثته ؛ وإذا غرق زوجان ولا يعلم أيهما سبق إليــه الموت ، فلا توارث بينهما ، وميراث كل واحــد منهما لورثته ، وإذا انهار منزل على أسرة بينها أســباب التوريث فلا توارث بينهم .

وهــذا الحكم يعم من ماتوا فى حادث واحــد ، أو ماتوا فى حوادث متعددة إذا لم يعلم السابق . فحيث لا يعلم السابق ، ولا دليل على تحقق حياة الوارث

---

(٤٦) بينت هــذا الشرط المــادة رقم ــ ١ ــ ونصها : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى » .

(٤٧) بينت هــذا الشرط المــادة رقم ــ ٢ ــ ونصــــها : « يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا » .

بعــد وفاة المورث فإنه لا توارث ، لأن العلة فى منع التوارث هى عــدم تحقق حياة الوارث بعــد وفاة المورث • وحيث ثبتت العلة ثبت المنع[٤٨] •

٧٣ ــ الشرط الثالث : ألا يوجــد مانع من موانع الإرث : لأن السبب لا يعمل عمله إلا إذا تحقق شرطه ، وانتفى ما يمنعه • وموانع الإرث التى ذكرها القانون ثلاثة :

أولها ــ القتل العــدوان المقصود . سواء كان القاتل فاعلا أصليا منفردا ، أم كان شريكا • أم كان متسببا ، ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعــدام ونفــذ ، ويدخل فى القتل بالمشاركة الدال والمحرض . والربيئة وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل •

ويشترط فى القتل المــانع من الميراث (١) أن يكون القتل اعتداء مقصودا كما نوهنا • فإذا كان قصاصا أو لإقامة حــد أو غير ذلك من أنواع القتل العادل فإنه لا يكون مانعا من موانع الميراث ، لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لا تكون فى فعل مباح (٢) وأن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية • فإذا كان صغيرا لم يبلغ الخامسة عشرة او كان مجنونا أو معتوها . أو كان فى حــال غيبــوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخــذها مضطرا إليها أو عن غير علم بها فلا يمنع (٣) وألا يكون القتــل فى حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المــال (٤) وألا يكون معــذورا فى هــذا القتل : ويعتبر معــذورا إذا فاجأ زوجته فى حال زنى فقتلها هى والزانى ، وإذا كان القتل نتيجة تجاوز حد الدفاع الشرعى ، بأن كان يمكنه أن يدفع عن نفسه بمــا دون القتل ؛ ولكنــه تجاوز الحــــد[٤٩] •

---

(٤٨) بينت حكم هــذه الحال المــادة رقم ــ ٣ ــ ونصها : « إذا مات اثنان ولم يعلم ايهما مات أولا فلا استحقاق لأحــدهما فى تركة الآخر ، سواء اكان موتهما فى حادث واحــد أم لا » •

(٤٩) احكام القتــل المــانع من الميراث هى ما اشتملت عليــه المــادة الخامسة من القانون ونصها :

« من موانع الإرث قتل المورث عمدا » ، سواء اكان القاتل فاعلا اصليا ، أم شريكا ، أم كان شاهد زور ادت شهادته إلى الحكم بالإعــدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عــذر ، وكان القاتل عاقلا بالغــا من العمر خمس عشرة سنة : ويعــد من الاعــذار تجاوز حق الدفاع الشرعى » •

٧٤ – المانع الثانى من موانع الميراث اختلاف الدين ، وذلك خاص بميراث المسلمين ، فالمسلم لا يرث غير المسلم ، وغير المسلم لا يرث المسلم ، فإذا كان مسلم قد تزوج مسيحية أو يهودية ، ومات أحدهما فلا توارث بينهما • فلا يرثها إذا ماتت ، ولا ترثه إذا مات قبلها ، ولكن لكل واحد منهما أن يوصى لصاحبه وتنفذ الوصية من غير حاجة إلى أجازة الورثة إذا كانت لا تزيد على الثلث على ما هو مبين فى أحكام الوصايا ، وذلك لأن الوصايا لا يشترط فيها اتحاد الدين ، فالمسلم أن يوصى لغير المسلم ، وتصح وصية غير المسلم للمسلم •

هذا بالنسبة للمسلمين مع غيرهم ، أما غير المسلمين فإنهم يتوارثون ، وإن اختلفت دياناتهم ، فالمسيحى يرث اليهودى ، واليهودى يرث المسيحى ، وهكذا[٥٠] •

٧٥ – والمانع الثالث هو اختلاف الدارين ، واختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين ، ولا بين رعايا الدول الإسلامية ، ولو كانوا غير مسلمين فالمسلم يرث المسلم ، ولو كان أحدهما تحت سلطان دوله غير إسلامية ، لأن الولاية الإسلامية تعم المسلمين جميعا بحكم الإسلام ، ولو كانوا تحت ظلال دولة أخرى ، والمسلمون جميعا مهما تختلف دولهم وتتباين أصقاعهم يعدون دولة واحدة ، وعلى ذلك لو كان مسيحى تحت سلطان دولة إسلامية ومات مسيحى آخر تحت سلطان دولة إسلامية أخرى فانهما يتوارثان ، ولا عبرة باختلاف الملك والحوزة ما دامت الدولتان من الإسلام •

وإنما يعد اختلاف الدار مانعا من الميراث إذا كان التوارث بين غير مسلمين وكان أحدهما تحت ظل دولة غير إسلامية ، فإذا مات مسيحى فى مصر وله ورثة فى إنجلترا أو أمريكا ، فإنهم لا يرثونه لاختلاف الدار ، ولكن القانون قيد اختلاف الدار فى جعله مانعا من موانع الإرث بقيد عادل ، وهو أن تكون شريعة الدولة الأجنبية تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإذا كانت شريعة تلك الدولة لا تمنع توريث الأجنبى عنها ، فإن اختلاف الدار لا يعتبر مانعا ، وعلى ذلك إذا مات يهودى فى مصر ، وله ورثة ينتمون إلى دولة أجنبية لا تمنع شريعتها ميراث الأجنبى فإن هؤلاء الورثة يرثون مورثهم المصرى •

(٥٠) بينت أحكام اختلاف الدين واختلاف الدار المادة رقم ٦ ونصها :
« لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع بين غير المسلمين ، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها » .

٧٦ — ما تقــدم من الكلام فى شروط التوريث وموانعه هو شرح وتلخيص لمــا جاء به قانون الميراث ؛ ولكى يكون الباحث على بينــة لابد من تفصــيل لأقــوال الفقهاء ؛ فإن ذلك بيان للمصــدر الذى أخــذ عنه القانون : إذ يبين ما أخــذه وما ترك فيكون المطبق له على علم بمــا يرجع إليه من أقوال الفقهاء وما يدع ، ولنتكلم فى هــذه الأمور •

٧٧ — موت المورث وحيــاة الوارث :

اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين وهما :

١ — أن موت المورث وحياة الوارث بعــد الموت أو وقت الموت على الأقل هى الأساس للميراث . لأن الميراث خلافة حى لميت فى ماله •

٢ — وأن الموت الحكمى الذى يكون بحكم القاضى كالموت الحقيقى فى الميراث ويكون ذلك فى حال المفقود إذا حكم القاضى بموته ، بناء على أمور أوجبت أن يظن موته ، ولا يحكم بموته قبل ذلك ، إلا إذا ثبت بدليل لا شــبهة فيــه ولا يكون حينئذ مفقودا(٥١) •

قــد اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين ، واعتبروا الحمل حيا إذا ولدته أمه حيا وثبت أنها كانت حاملا به وقت وفاة المتوفى ، لأن ولادته حيا دليــل

---

(٥١) عند نظر قانون الميراث بمجلس النواب وجــدت فكرة لدى فريق من أعضاء لجنته الشريعية كان من رأيه جواز إسناد الوفاة إلى تاريخ سابق على الحكم إن وجــد القاضى بين يديه ما يبرر ذلك ، وفى هــذه الحال لا تكون الوفاة من تاريخ الحكم ، بل تكون الوفاة من التاريخ الذى أسنده الحكم إليه ، وإن ذلك يترك إلى تقدير القاضى الشرعى الذى يترك لتقــديره ما هــو أخطر من ذلك ؛ ولكن لم يؤخــذ بذلك الرأى فى اللجنة ولا فى المجلس •

والحق أن حكم القاضى بوفاة المفقود الذى لا تعلم حياته أو موته هو إنهاء لحال قــد طال أمدها ، ولم يعرف الأمر فيها فجعل للقاضى الحق فى الحكم بالوفاة عند غلبة ظن الوفاة مقيدا بقيود تجعل الوفاة احتمالا قريبا ، والحكم وحــده هو الذى يجعل لهــذا الاحتمال قــوة تسير عليها الأحكام ، وعلى ذلك لا يصح أن تسند الوفاة إلى ما قبله ، أما إذا قام على الوفاة دليل يصلح لإثبات الوفاة فى زمن معلوم ، فإنه فى هــذه الحال لا يكون مفقودا وتثبت الوفاة من الوقت الذى يبينه الدليل ؛ لا بالمظان والأمارات لزوال معنى الفقد •

على سريان الحياة وقت الوفاة ، فإن ولدته ميتا على ما هو مبين فى باب الحمل لم يعتبر حيا وقت وفاة المتوفى ، لأن الميراث شرطه الولادة حيا ، لكى يعتبر كائنا منفصلا عن أمه وهى حامل به ، فإذا ولدته ميتا لم يتحقق شرط الميراث ، فلا ينظر فى وقت وفاة المورث إلا على أنه كان جزءا من أمه ، ولذلك بيان عند الكلام فى ميراث الحمل •

هذا كله موضع اتفاق بين الفقهاء ، وقد اختلفوا :

(١) فى المفقود أيعتبر حيا قبل الحكم ، حتى يرث ممن يموت قبل الحكم بموته هو ، أم لا يرث ممن يموت فى هذه الفترة •

(٢) واختلفوا فى الجنين إذا سقط بجناية ، أيعتبر حيا وقت وفاة المورث فيرث أم يسرى اعتباره جزءا من أمه ، فلا يرث •

(٣) واختلفوا فيمن يموتون من غير أن يعلم السابق منهما ألا يتوارثون ، كما بينا فى حكم القانون • أم يتوارثون • وكيف يكون التوارث ؟

(٤) واختلفوا فى المرتد أيعتبر ميتا حكما أم لا يعتبر ، ومن أى وقت يعتبر وتورث أمواله •

هذه مسائل مختلف فيها ، قد بينا ما اختاره قانون الميراث فى بعضها ، ونبين أقوال الفقهاء الذين كان الاختيار من أقوالهم •

٧٨ — أما المسألة الأولى : وهى مسألة المفقود الذى حكم بموته ، فإن الحنفية والمالكية يرون أن الموت يكون من وقت حكم القاضى ، ولكن حياته قبل ذلك لا تثبت له حقوقا لم تكن ، فلا يرث فيمن يموت وقتها ، لأن حكم القاضى هو السبب ، فسرى من وقته ، وحياته قبل ذلك ثابتة بمقتضى استصحاب الحال واستصحاب الحال يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لإثبات حقوق غير ثابتة ، وقال الحنابلة والشافعية أن المفقود يرث من يموت فى حال فقده ، وقبل الحكم بموته ، وذلك لأن حياته قد فرضت قائمة ثابتة ، وما دامت مفروضة فإنه يثبت له كل الحقوق التى توجبها الحياة •

وأصل الخلاف فى هذه المسألة هو الخلاف فى استصحاب الحال ،

فالحنفية يقصرونه على إبقاء الحقوق الثابتة . ولا يأتى بحقوق لم تكن ثابتة فهو يمنع انتقال ملكية المفقود إلى ورثته . ولكن لا يثبت ملكيه المفقود فى مال غيره . أما الحنابلة والشافعية فيقولون : إن استصحاب الحال يثبت الحقوق كلها من غير تفرقة .

٧٩ — وأما المسألة الثانية : وهى مسألة الجنين الذى يسقط بجناية . فإنه إن سقط حيا فقد استوفى أسباب شروط التوريث . كما ذكرنا لأنه فى هذه الحال قد تحقق الشرط ، إذ أنه بولادته حيا يثبت أنه كان حيا فى بطن أمه . ولا يعتبر جزءا منها ، أما إذا نزل ميتا فكان مقتضى القواعد التى أشرنا إليها ألا يرث ، لأن نزوله ميتا يرجح اعتبار كونه جزءا من أمه فلا يرث . ولكن نزوله بجناية جعل المسألة تأخذ حكما آخر . لأن الجناية أوجبت عقوبة مالية تسمى غرة ، وهى تساوى نصف عشر الدية . وقد اتفق الفقهاء على وجوبها . ولكنهم اختلفوا فيمن يأخذها . فرأى الحنفية أنها تكون للجنين . وتورث عنه كما يورث عنه كل ما كان يملكه ، وعلى ذلك يفرض حيا مالكا . إذ تملك عنه . وعلى ذلك يكون الواجب فرض أنه كان حيا وقت وفاة المورث تنسيقا للأحكام إذ لا يصح أن يفرض له أمران متناقضان ، فيفرض أنه حى مستقل منفصل . ولذلك يملك عنه . إذ ملك الغرة . وملكت عنه بالميراث ، ويفرض أنه جزء من الأم لا يملك الميراث ، وبهذا المنطق أخذ الحنفيه . فاعتبروه حيا من وقت الوفاة ، وتصير الأحكام على نسق واحد عندهم ، وكان ذلك هو المعمول به من قبل قانون الميراث .

والأئمة مالك والشافعى وأحمد رأوا أن الغرة تكون للجنين ، وتورث عنه ، ولكنهم قرروا أنه لا يورث عنه سواها ، ولا يرث شيئا مطلقا ، وبذلك قصروا الحكم على موضعه . فجعلوا استحقاقه للملك مقصورا على الغرة لا يتجاوزها ، ولم يعمموا القياس ، كما عمم أبو حنيفة وأصحابه .

وقال ربيعة بن عبد الرحمن ، والليث بن سعد أنه لا يملك الغرة ، وإنما تملكها أمه ، إذ الجناية على جزء منها ، فالجناية على سنها أو أصبعها فالجريمة عليها وحدها ، والجزء لها وحدها .

وقال ابن هرمز من شيوخ الإمام مالك رضى الله عنهما إنما يملك الغرة أبوه وأمه إن كانا على قيد الحياة ، وتكون بينهما للرجل ضعف الأم ، وإن

كانت الأم وحـدها هى التى على قيد الحياة فهى لهـا ، وقـد نظر فى هـذا إلى أن الولد ثمرة الأبوين . بل إنه منسوب لأبيه : فكانت الجريمة واقعـة عليهما إن كان الأب موجودا ، وعلى الأم وحـدها . إن كانت هى الموجودة ، وإذا كانت الجناية عليهما فالتعويض يكون لهما •

وقانون الميراث قـد خالف المذهب الحنفى ، ولم يعتبر الجنين السـاقط بجنايه إذا نزل ميتا مستحقا للميراث ، بل اعتبر الشرط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث ، ولا ميراث للحمل إلا إذا ولد حيا •

وعلى ذلك لا يكون فى القانون حياة تقـديرية قط ، إنما المذهب الحنفى هـو الذى يقرر ان الحياة تكون تقـديرية ، كحياة الجنين الذى انزل من بطن امـه بجنـاية •

٨٠ — والمسألة الثالثة : هى مسألة الغرقى والهـدمى والحرقى ، وغيرهم ممن يموتون . ولا يعرف ايهم السابق ، وبينهم أسباب توارث . فالحنفية يرون ان اولئك لا توارث بينهم ، إنما ميراثهم لغيرهم من الأحياء فكل واحـد منهم يرثه ورثته الأحياء ، وبذلك أخذ القانون ، وهو أيضا مذهب المالكية والشافعيه •

وحجة هـذا الراى ان اساس الخلافة بالتوريث هو حياة الوارث بعـد الموت فإذا تحققت تلك الحياة عند الوفاة ، فقـد تحققت الخلافة فيثبت الملك بها . وإن لم تتحقق الحياة لا تتحقق الخلافة : فلا يثبت الملك بهـا . وحيث لا دليل على سبق احـدهما بالموت . فلا دليل على الخلافة ، وبالتالى لا دليل على التوريث . فلا يثبت الميراث ، وعلى ذلك يكفى على مقتضى رآى هؤلاء الأئمة الا يعلم ايهما مات أولا •

٨١ — وهناك رأيان آخران (أحدهما) رأى ابن ابى ليلى قاضى الكوفة المعاصر لابى حنيفه وخلاصته ان كل واحـد من الوارثين اللذين لم يعلم ايهما مات اولا يرث من صاحبه مع ورثته على أن يرث منه فى ماله الثابت لـه ، ولا يضاف إليـه ما استحقه من ميراث فيـه هـو ، ولنضرب لذلك مثلا : زوجان ماتا فى غرق ، أو حريق ، أو تهـدم ، ولا يعلم من مات منهما أولا • وترك الزوج ١٢٠ ف والزوجة ١٢٠ ف ، ومات الزوج عن أب وأم ، وماتت الزوجه عن اخ واخت فإنه فى هـذه الحالة تقسم تركة كل واحـد قسمتين • قسمة لمـا ترك كل واحـد وقسمة أخرى للمقـدار الذى استحقه فى صاحبه ، فالقسمة الأولى

يدخل فيها المتوفى ، والقسمة الثانية لا يدخل فيها إلا الأحياء . ولنطبق ذلك على المثـــل .

فأولا : يقسم ميراث الزوج بين أبيه وأمه وزوجـــه المتوفاة فيخص الاب ستون فـــدانا ، ويخص الأم ثلاثون ، والزوجة ثلاثون ، وميراث الزوجة يقسم بين أخيها وأختها وزوجها . فيخص الزوج النصف وهـــو ستون فـــدانا ، ويخص الأخ أربعـــون ، والاخت عشرون .

وثانيا : يقسم ما خص الزوج من زوجته . وهـــو ستون بين أبيه وأمه وما خص الزوجة من زوجها وهـــو ثلاثون بين أخيها وأختها .

وبهـــذا الرأى أفتى على بن أبى طالب رضى الله عنه . وحجته أن سبب التوارث قـــد تحقق ـــ وهو القرابة الموجبة له . وحياة كل واحـــد منهما بعـــد صاحبه ليست منفية بيقين . ونفيها هـــو المـــانع من الميراث . وحيث تحقق السبب ولم يتحقق المـــانع ثبت التوارث . ولكن لا يرث كل واحـــد فيما ورثه منه الآخر ، لأن وراثته من صاحبه تقتضى فرض حياته بعـــد موته . فلو سوغنا أن يرث منه ما ورثه الآخر فيه لكان ذلك مناقضا لفرض ميراثه منه . فيفرض فى حال واحـــدة فرضان متناقضان . وبيان ذلك أننـــا عندما نورث الزوجة من زوجها كما فى المثال السابق نفرض وجوده من بعـــد وفاته لتتحقق الخلافة . فلو قررنا أن يرث منها ما ورثته هى منه عند التقسيم الأول لترتب على ذلك معنى ذلك أنه يرث ماله أولا . ولكان معنى ذلك من جهـــة أخرى أننا فرضنا فى حال واحـــدة حياتها وموتها فى وقت واحـــد وفرض واحـــد . إذ أنها لا ترث مالها إلا إذا كان قـــد انتقل إلى غيرها وهو زوجها بموتها ، فكأننا فى حال فرض حياتها لا نفرض موتهـــا .

هـــذه وجهة نظر ابن أبى ليلى . وقـــد ردها الحنفية بأن حياة الوارث بعـــد موت المورث يقينا شرط لعمل سبب الإرث ، وحيث لا يتحقق الشرط لا يعمل السبب، فليس عـــدم تحقيق التعاقب مانعا من موانع الإرث كالقتل ونحوه ، بل إن تحقق التعاقب هو شرط التوارث فلابد من وجوده يقينا .

وثانى الرأيين المخالفين للجمهور هـــو رأى الحنابلة ، وهـــو فى جملته كرأى ابن أبى ليلى ، ولكنهما يشترطان أن يحصل تداع بين ورثة كل من الذين ماتوا ، ولا يعلم السابق منهما بأن يدعى ورثة كل واحـــد أن مورثهم مات بعـــد موت

الآخر ، فإن تداعوا كذلك ، ولم يثبت أحــد الطرفين دعواه دون الآخر (لأنه إن أثبت دعواه دون الآخر ورث مورثه من الآخر بالاتفاق) فإنه فى هــذه يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر ، وبذلك تتهاتر الدعويان ، ويكون ميراث كل منهما لورثته الأحياء ، كما هو رأى الجمهور مطلقا ، أما إذا لم يحصل تداع فإن مذهب الحنابلة يكون كمذهب ابن أبى ليلى تماما •

٨٢ — هــذا ويجب أن نعلم أن الفقهاء قــد اتفقوا على أنهما إذا ماتا متعاقبين ، فإنه لا توارث بينهما •

هــذا ومن الطريف أن نذكر هنا مسألة تنبه إليها الفقهاء ، وهى إذا ما كان شخصان يتوارثان يقيمان فى بلدين يختلف مطلع الشمس فيهما ، لاختلافهما فى خطى الطول ، بأن كانت الشمس تشرق على بلد أحدهما قبل أن تشرق على بلد الآخر وماتا ، وذكرت الساعة والدقيقة والثانية التى مات فيها كل واحــد منهما حسب توقيت بلده — فإنه فى هــذه الحالة يرث صاحب المطلع المتأخر • ولذلك قال ابن عابدين : أفتى جمع بأنه لو مات أخوان فى يوم واحــد فى وقت زواله وأحــدهما فى المشرق ، والآخر فى المغرب ، ورث المغربى المشرقى لتقــدم موت المشرقى •

وذلك معقول وواقعى ، لأنه إن اتحــد الموت وقت الزوال فإنه فى المشرق يسبق وقت الزوال فى المغرب ، فيكون المشرقى قــد مات قبل المغربى فيرثه •

الاختــلاف فى موانــع الميراث

٨٣ — ذكرنا أن موانع الميراث ثلاثة : وهى القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدار ، وهــذه الموانع هى التى جاء بها القانون ، وفى بعضها اختلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة ، وبعضها هــو رأى الجمهور ، وهنــاك رأى غيره ، وبعضها قــد اتفق على أنه مانع وهــو القتل ، ولكنهم جرى بينهم الاختلاف فى حقيقة القتل المــانع من التوارث ، وقبل أن نبين هــذا الخلاف نذكر مانعــا رابعا قــد اتفق الفقهاء عليه ، ولم يختلفوا فيه وهو الرق ، ولكن القانون لم يذكره ، لأن الرق قــد زال من الديار المصرية كلها ، فلم يعــد ثمة حاجة إلى ذكر شىء يتعلق به إلا ما بقى من آثاره ، وهــو الولاء •

ومما يلاحظ أن اللجنة التى وضعت أصول قانون الميراث قــد نصت على الرق باعتباره مانعاً من الميراث ، أى أن الرقيق لا يرث قريبه الحر إذا مات ،

ولكن رؤى عند وضع نصوص القانون النهائية قبل تقديمه لمجلس الأمة حذفه ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « قدمت لجنة الأحوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمنا النص على أن الرق مانع من موانع الإرث • وقد رؤى حذفه . لأن الرق غير موجود ، ومحظور . بل معاقب عليه منذ أكثر من ستين عاما ، فلم تعد ثمة فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث » •

٨٤ — ولنتكلم فى موطن الخلاف فى الموانع الثلاثة الباقية : فأما اختلاف الدين فإنه يمنع توارث المسلم من غير المسلم . فلا يرث أحدهما الآخر مهما يكن بينهما من علاقة نسبية أو زوجية . وذلك هو قول الجمهور الأعظم من فقهاء الصحابة والتابعين ، والأئمة المجتهدين • ولكن خالف معاوية غيه برأى غريب فأجاز وراثة المسلم من غير المسلم • ومنع وراثة غير المسلم من المسلم • وقد أمر قضاته بأن يسيروا على ذلك • وكان هذا عجبا حتى لقد قال مسروق : ما وجدت فى الإسلام أغرب من قضية قضاها معاوية وذكرها • ويروى أنه لما كتب إلى زياد بن أبيه والى العراق من قبله بذلك . وأمر هذا شريحا التابعى وقاضى الكوفة — أطاع ولكنه كان إذا قضى بذلك لم يقل إن هذا قضاء بحكم الله ورسوله • بل كان يقول هذا قضاء أمير المؤمنين ، ليحمله تبعة ذلك •

ولما ولى عادل الأمويين عمر بن عبد العزيز ألغى هذا وأمر القضاة أن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة . وهو أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم سواء أكان المورث هو المسلم أم كان المورث هو الذمى . لتكون المعاملة بالمساواة ، وعلى أساس من القسطاس المستقيم • وأما غير المسلمين فإن التوارث يجرى بينهم ، ولو اختلفت دياناتهم ؛ وهذا رأى الحنفية •

وقال بعض التابعين أن الاختلاف يمنع غير المسلمين التوارث : كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم ، فلا يرث اليهودى النصرانى ، ولا يرث النصرانى اليهودى •

وفى مذهب مالك أن الملل التى تتفق فى عبادة واحدة تتوارث ، وإلا فلا توارث : فعباد الشمس يتوارثون فيما بينهم ، وعباد النار يتوارثون فيما بينهم ، ولا توارث بين عباد الشمس وعباد النيران — وقد علمت أن المعمول به هو الأول ؛ وهو المعقول •

٨٥ — القتل المانع من الميراث : أجمع الفقهاء من التابعين والأئمة المجتهدين([٥٢]) على أن القاتل لا يرث لورود الأثر الصحيح بذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « وليس للقاتل شيء » ولأن من تعجل شيئا قبل الأوان عوقب بالحرمان . ولأننا لو سوغنا أن يرث القاتل ، والقتل فى ذاته جريمة ، لكانت الجريمة سببا لثبوت المال . وذلك لم يعهد فى الشرع الإسلامى ، وذلك لأن الخلافة التى يثبتها الميراث سببها الموت ، والموت جاء على يد القاتل بجريمته . فإذا ساغ ميراثه فمعنى ذلك أن الجريمة كانت سببا لنعمة الميراث .

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على أن القاتل لا يرث ، قد اختلفوا فى حقيقة القتل المانع من الميراث .

فالشافعى رضى الله عنه اعتبر كل قتل مانعا من الميراث ، سواء أكان القتل عمدا أم كان غير عمد . وسواء أكان عدوانا أم غير عدوان ، بل اعتبر القتل مانعا من الميراث ولو كان القاتل غير مكلف ، بأن كان مجنونا أو معتوها ، ولو كان القاتل قاضيا قضى بالإعدام بحق ؛ أو شاهدا شهد بالعدل فقضى بالإعدام بشهادته ، أو لو كان مزكيا للشهادة ، وسمعت على أساس تزكيته ، وكذلك الجلاد الذى ينفذ حكم الإعدام ، والأساس فى ذلك هو تحقق وصف القاتل . فإذا تحقق ذلك الوصف على أى اعتبار كان تحققه : فإنه يكون الحرمان من الميراث ، لأن مناط الحرمان هو القتل من غير قيد أو وصف ، وكل هؤلاء يوصفون به .

وأحمد رضى الله عنه اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل الذى يوجب عقوبة مالية أو غير مالية ، فالقتل العمد العدوان يوجب القود ، فيوجب الحرمان من الميراث . والقتل الخطأ والقتل بالتسبب يوجبان الدية فيمنعان الميراث : ولكن القتل دفاعا عن النفس لا عقاب فيه بالمال أو القود فلا يمنع الميراث ، فأحمد جعل المناط فى القتل الموجب للحرمان هو تقرير الشارع العقاب عليه ، فكل ما أوجب الشارع فيه عقابا سواء أكان مباشرا أم كان غير مباشر منع ؛ وذلك لأن سبب المنع هو الاعتداء بالقتل ، وأمارة الاعتداء

---

(٥٢) خالف من التابعين سعيد بن المسيب أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، وخالف الخوارج أيضا فلم يعتبروا القتل مانعا من الميراث ، وهم مردود عليهم بالحديث : « ليس للقاتل شيء » وبأن عمر منع ميراث القاتل ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة . وبالقياس الذى ذكرناه فى الأصل .

العقوبة ؛ فهى المقياس المادى لتبين عدم المشروعية الموجبة للحرمان . ولأن المانع من الميراث عقوبة ؛ والعقوبة لا تكون على ما أسقط عنه الشارع التكليف .

والمذهب الحنفى اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل المباشر بغير حق فلابد عنده من تحقق شرطين : المباشر . وأن يكون بغير حق . فالقتل العمد ؛ والقتل شبه العمد ؛ والقتل الخطأ(٥٣) والجارى مجرى الخطأ ؛ فإنه يمنع الميراث ؛ والشرط الثانى أن يكون ذلك بغير حق فإن كان بحق بأن كان قصاصا ، أو لأنه وجده يزنى بزوجه أو احد محارمه فإنه لا يمنع الميراث وعلى ذلك يكون هناك نوعان من القتل عند أبى حنيفة لا يمنعان الميراث .

(أحدهما) القتل غير المباشر كالقتل بالتسبب والتحريض . أو الشهادة أو غير ذلك من أنواع القتل التى لا تكون فيها مباشرة فى الفعل من الوارث(٥٤) .

(وثانيهما) القتل بحق أو الذى يكون القاتل فيه ساقط التبعة كقتل الصبى والمجنون والمعتوه ، ومن ذلك النوع كما نوهنا آنفا قتل الزوج زوجته . وقتل الرجل ذات رحم محرم منه إذ وجدها تزنى . فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه : « وفى الحاوى للزاهدى إذا قتل الرجل امرأته أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنى يرث منها خلافا للشافعى . يعنى مع تحقق الزنى : أما بمجرد التهمة فلا ، كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا » .

هذا هو المذهب الحنفى ، أما المذهب المالكى فأساسه أن القتل المانع من الميراث هو القتل العدوان المقصود من المكلف من غير عذر بأى طريق كان القتل بالمباشرة ، أو التسبب أو التحريض ، أو شهادة الزور ، أو الاشتراك ،

---

(٥٣) القتل العمد هو القتل بآلة من شأنها ان تقتل . والقتل شبه العمد هو القتل بآلة ليس من شأنها ان تقتل ؛ والقتل الخطأ قسمان : خطأ فى القصد . وهو أن يرى شبحا يظنه حيوانا فيتبين انه إنسان . وخطأ فى الفعل . وهو أن يرمى شيئا فينحرف عنه ويصيب إنسانا . والجارى مجرى الخطأ كان يقع على شخص فيقتله وهو ملحق الخطأ .

(٥٤) قد ضبط صاحب الدر المختار القتل المانع من الميراث عند الحنفية بأنه القتل الموجب للقود أو الكفارة مع الدية ، وذلك يكون فى القتل العمد . وشبه العمد . والقتل الخطأ ، والكفارة فى عتق رقبة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . وهذه الكفارة لا تكون على الصبى والمجنون والمعتوه . ولذلك لا يمنع الميراث مباشرتهما القتل .

ولو كان ربيئة وقف ليضلل الناس عن مكان القتل ، إن كانت استغاثة ، فالعبرة عند مالك بأمرين أحدهما القصد ، وثانيهما العدوان • وعلى ذلك إذا لم يكن قصد فلا حرمان من الميراث ، كالقتل خطأ ، وكذلك اذا كان القصد ناقصا بأن كان الشخص صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، أو فى حالة غيبوبة ، وكذلك إذا كان القتل غير عدوان بأن كان بحق كالقتل قصاصا ، أو كان بعذر كالقتل عند مجاوزة حد الدفاع الشرعى ، وقتل الزوج زوجته مع من زنى بها إذا كانت مفاجأة بالزنى ونحو ذلك •

٨٦ ــ وترى أن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن القتل مانع من الميراث ، ولكن اختلفوا فى نوع القتل ، فعمم الشافعى ، واعتبر كل قتل مانعا ، واعتبر أحمد القتل المانع هو القتل الموجب عقوبة على مكلف ، واعتبر أبو حنيفة المباشرة مع العقوبة ، واعتبر مالك قصد القتل مع العدوان والتكليف ، وبمذهب مالك أخذ القانون ، وقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى هذا المقام ما نصه :

« خولف مذهب الحنفية ، وأخذ بمذهب مالك » فيما يأتى : (أ) فى القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعا من الميراث ، سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه • (ب) فى القتل الخطأ فلم يعتبره مانعا •

ويدخل فى القتل المباشر ، من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله ، فإنهما يمنعان من ميراثه ، ويدخل فى القتل بالتسبب الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل) وواضع السم ، وشاهد الزور(٥٥) الذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام •

على أن القتل العمد لا يمنع فى كل الأحوال ، والأحوال التى لا يكون القتل فيها مانعا من الإرث هى الأحوال الآتية :

١ ــ القتل قصاصا أو حدا •

٢ ــ القتل فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، مما هو منصوص عليه فى المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات •

---

(٥٥) يلاحظ أنه إذا كانت الشهادة بالحق لا يمنع ذلك خلافا للشافعى •

٣ ـ قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتهما حال الزنى (مادة ٢٣٨ عقـوبات) •

٤ ـ تجاوز حـد الدفاع الشرعى (مادة ٢٩١) عقـوبات •

وقصـد باشتراط كون القاتل عاقلا إخراج ما يأتى :

١ ـ الجنون والعاهـة العقلية (مادة ٢٦٢) •

٢ ـ ارتكاب القاتل القتل وهـو فى غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخـذها قهرا عنه ، أو على غير علم بها •

هـذا ما جاء فى المذكرة التفسيرية خاصا ببيان ما اشتملت عليه المـادة الخامسة المبينه للقتل المـانع من الإرث ؛ ونرى أن المذكرة تصرح بأنها اعتبرت الأصل فيما خولف فيه المذهب الحنفى هـو مذهب مالك ؛ وربطت ما بين القانون الخاص بالمواريث - وأحكام القتل التى يشتمل عليها قانون العقوبات المصرى ، فكانت تشير فى كل فقرة إلى ما يقابلها فى قانون العقوبات • وكأنها مسـتقاة منـه •

ويلاحظ أنها اقتصرت فى القتل بعـذر حال الزنى على زنى الزوجـه إذا فاجأها مـع الزانى حال وقوع الجريمة ، وهـذا قبل أن يعمم مجلس الشيوخ نص المـادة بحيث تشمل حال المحرم إذا قتل محرمه الزانية ؛ وأن المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل فى كل أحكام الميراث ، والذى ما زال معمولا به فيما لا نص عليه ، كان يعتبر من أحوال القتل الذى لا يؤثر فى الميراث قتل إحـدى محارمه إذا تيقن أنها تزنى ، لأنه قتل بعـذر •

والتفكير المستقيم يوجب ميراث القاتل فى هـذه الحال ، بيد أنه قـد كان نص المشروع غير شامل ذلك ، فاقترح بعض أعضاء اللجنـة التشريعية بمجلس النواب عند نظر هـذا القانون النص على هـذه الحال ، ولكن غالبية اللجنة رفضت ذلك ، ثم لمـا عرض القـانون على مجلس الشيوخ رأت لجنته التشريعية اعتبار القتل فى هـذه الحال غير مانع من الإرث ؛ ولم يخالف فى ذلك إلا واحـد من أعضائها ؛ فقـد طلب بقاء المـادة كما هى من غير زيادة ، ولقـد صرحت

اللجنة بأن المصدر الأصلى للقانون هو مذهب أبى حنيفة(٥٦) ، وهذا يفيد أن القتل فى هذه الحال غير مانع من الميراث . وهذا هو الحق ، إذ هو قتل بعذر شرعى ، وتخصيص العذر بحال الزوجة تخصيص بغير سبب . وفوق ذلك إذا لم تكن المادة شاملة ، كما كانت . وهذا كان غير معقول . فإن المرجع فيما لم ينص عليه إلى المذهب الحنفى .

فكانت هذه الصيغة العامة الحكيمة التى صارت عليها المادة (٥) من تعديل مجلس الشيوخ باقتراح لجنته التشريعية ؛ وقد وافق عليها مجلس النواب بعده فتشمل حال من يقتل إحدى محارمه إذا تيقن زناها .

٨٧ — اختلاف الدار : اتفق الفقهاء على أن اختلاف الدار غير مانع ميراث المسلم من المسلم ، لأن المسلمين كما بينا تحت ولاية إسلامية واحدة ، مهما تناءت الديار ، وتباعدت الأقطار . إنما الحكم بأنه مانع من التوارث هو بين غير المسلمين ؛ فالحنفية والشافعية وبعض الحنابلة اعتبروا اختلاف الدار مانعا

(٥٦) هذا نص ما جاء بلجنة النواب : « رات اغلبة فى اللجنة ضرورة تعميم الحكم الخاص بعدم منع الزوج من الإرث إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنى على بعض محارمها كالأب والابن والأخ ، لأنهم أقوى عذرا من الزوج وصلتهم بها وثيقة لا تنفصم ، ويلصق عارها بهم مدى الحياه بينما تنتهى صلة الزوجية بالطلاق . واضافوا إلى ذلك أن إيراد الحكم على هذا الوجه الذى يقترحونه تقتضيه الأخلاق السائدة فى الشرق عموما ، وفى بلدنا الإسلامى على وجه الخصوص ، ولكن اللجنة رات بأغلبية الآراء الموافقة على بقاء المادة كما هى .

وهذا نص ما جاء بلجنة الشيوخ : « وقد رات اللجنة تعميم الحكم الخاص بعدم حرمان الزوج من الارث إذا قتل زوجته عند مفاجاتها متلبسة بالزنى على قتل الأب والابن والأخ لمحارمهم عند مفاجأتهم فى حالة تلبس بالزنى مسايرة لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولانهم يتعيرون ، كما يتعير الزوج ويلتصق العار بهم مدى الحياة ... ولأن هذا يتفق مع تقاليد الشرقيين وطباعهم . ولم يخالف فى ذلك إلا أحد أعضائها . ويهم اللجنة ان تشير بنوع خاص إلى ان احكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام ابى حنيفة المعمول به فعلا أمام المحاكم الشرعية فيما عدا بعض احكام خاصة اشير إليها فى المشروع ... » وجاء فى تقرير آخر بعد وضع المادة فى صيغة عامة تشمل هذه الحالة وغيرها ما نصه : « هذه المادة بوضعها الأخير أوسع معنى واكثر فائدة وفيها متسع لما قد يجد من الحوادث فضلا عن انسجامها مع القواعد الشرعية والقانونية ... » .

وبهذا ينتهى القانون فى صيغته النهائية التى صادق عليها المجلسان . وللمادة هذا العموم الشامل .

من التوارث ؛ والمالكية وبعض الحنابلة لم يعتبروا اختلاف الدار منعاً لا بين المسلمين ولا غير المسلمين .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين منعوا التوارث بين غير المسلمين إذا اختلفت مللهم كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم — هم الذين قرروا أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين غير المسلمين ، وكأنهم في هذا لم يلاحظوا الاختلاف بين الناس في النصرة إلا من ناحية الدين . وعلى ذلك يكون الحكم عندهم أنه إذا مات مسيحى تحت ولاية المسلمين ؛ ونه وارث تحت ولاية غير المسلمين — ورثه ، لأن النصرة بينهما كاملة إذا اتحد دينهما . فمالك الذى روى عنه أنه اعتبر اتحاد الملة أو قربها شرطا في توارث غير المسلمين هو الذى روى عنه أيضا أن اختلاف الدار لا يمنع بينهم ؛ كما لا يمنع بين المسلمين . وكذلك بعض الحنابلة . أما الحنفية والشافعية الذين اعتبروا غير المسلمين ملة واحدة فقد جعلوا اختلاف الدار مانعاً .

٨٨ — ولنفصل ببعض التفصيل مقالة الذين قالوا أن اختلاف الدار يمنع التوارث بين غير المسلمين ؛ ولنتكلم أولا في معنى الدار : المراد باختلافها اختلاف الحوزة والسلطان . فحيث اختلفت الحوزة والسلطان والمنعة والملك ؛ بأن صار لكل جماعة عسكر وولاية وملك ينفصل بها عن الجماعة الأخرى . فحينئذ تختلف الدار . كما يعبر فقهاء المسلمين . أو تختلف الدولة ، أو تختلف الجنسيه أو الرعوية كما يعبر في القوانين الحديثة ؛ فلو مات مسيحى من رعايا مصر ؛ فانه لا يرثه قريبه الذى يكون من رعايا فرنسا ؛ لاختلاف الدار . أو الرعويه على حد تعبير قوانيننا .

ويجب أن يلاحظ عند اختلاف الدار الأمور الآتية :

أولها — أن الدول الإسلامية مهما تختلف حكوماتها ، وتتباين نزعات ملوكها دار واحدة . ولو تقاتلوا فيما بينهم ؛ فقد نص على أن أهل العدل والبغى دولة إسلامية واحدة ، ويجرى التوارث بينهم . فلو مات ذمى تحت سلطان أهل العدل ، ورثه قريبه الذمى الذى يكون تحت سلطان أهل البغى . وكذلك لو مات ذمى من رعايا مصر ورثه الذمى الآخر الذى يكون من رعايا سوريا أو العراق أو تركيا ، وهكذا ، لأن الدار واحدة ؛ وإن اختلفت الحوزة والسيطرة ؛ ما دامت الكثرة في كل دولة من هذه الدول من المسلمين .

ثانيها — أن المسلمين يتوارثون مهما اختلفت دولهم ؛ فالمسلم الإنجليزى يرث المسلم المصرى . والمسلم الروسى يرث المسلم التركى . لأن المسلم ولايته بالإسلام ، مهما تختلف الديار ، ومهما تختلف العادات ، ومهما تختلف الدولة أو الجنســية .

ثالثها — أن الاعتبار باختلاف الدار يشمل الاختلاف الحقيقى والاختلاف الحكمى . فإذا مات قبطى لا يرثه قريبه المسيحى إذا كان إنجليزيا أو فرنسيا ، لاختلاف الدار الحقيقى ، ما دام يقيم فى فرنسا أو إنجلترا ، وكذلك إذا كان مسيحى مصرى قــد مات وله قريب غير مصرى لا يتجنس بالجنسية المصرية ؛ بل هــو فرنسى أو إنجليزى . ولكنه مقيم فى مصر ؛ فإنه لا يرثه لاختلاف الدار حكما . وإن اتحــدت الإقامة ، وذلك لأن الفقهاء نصوا على أن الذمى لا يرث المستأمن . والمستأمن لا يرث الذمى ، مع أن إقامتهما فى ديار المسلمين ، لأن الذمى ولايتــه للدولة الإسلامية ، إذ له ما للمسلمين ، وعليه ما عليهم ، والمستأمن قــد اتفق على الإقامة فى بلاد المسلمين مدة مع انتمائه لدولته ثم يعود إليها .

وفى هــذا الجزء الأخير خلاف للشافعى رضى الله عنه ، فإنه قــد قرر أن الذمى والمستأمن يتوارثان ، لاتحاد الإقامة ، وإن اختلفت الجنسية أو الرعوية . أو الولاية ، فهــو قــد اعتبر المــانع — الاختلاف فى الإقامة ، لا الاختلاف فى الولاية .

٨٩ — وقــد جاء القانون فيما يتعلق بالمسلمين والدول الإسلامية مطابقا للمذهب الحنفى ، إذ قرر أنه لا اعتبار لاختلاف الدار بين المسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقــد ذكر حالتين يختلف حكمهما :

(الحالة الأولى) إذا كان الأجنبى الذى مات له قريب مصرى غير مسلم لا تمنع دولته من توريث الأجنبى عنها ، وفى هــذه الحال يعتبر اختلاف الدار غير مانع من التوريث ، وقــد استقى حكم هــذه الحال من المذهب المــالكى والحنبــلى .

(الحالة الثانية) إذا كان الأجنبى غير المسلم تمنع دولته غير الإسلامية أى التى لا يكون كثرتها من المسلمين الأجنبى عنها من الميراث ، ففى هــذه الحال يكون اختلاف الدار مانعا ، وقــد استقى حكم هــذه الحال من المذهب الحنفى الذى كان يعتبر اختلاف الدار مانعــا فى كل الأحوال .

ويظهر أن المعتبر فى اختلاف الدار فى هـذه الحال هو الاختلاف الحكمى وهـو اختلاف الرعويه أو الجنسية . لا مجرد الاختلاف فى الإقامه . فإن اتحاد الإقامة لا عبرة به ، ما دامت الرعوية مختلفة .

هـذا ويجب التنبيه إلى أن القانون لم يأت بجـديد فيما يتعلق بالمسلمين . فالدولة الإسلامية مهما يكن حالها من حيث توريث الأجنبى عنها أو عدم توريثه ، يجرى التوارث بين غير المسلمين المنتمين إليها . وغير المسلمين المنتمين للدوله المصرية ، لأن ذلك هـو المقرر فى المذهب الحنفى . ولم يجىء القانون بمـا يلغيه . وفوق ذلك فإن القانون قـد ضيق من نطاق المنع باختلاف الدار . ولم يوسع ، ولو قلنا بأن التوارث لا يجرى بين غير المسلمين المنتمين لدول إسلاميه لكان ذلك توسعا فى حكم المنع باختلاف الدار بمـا لم يجىء به فقه . وعلى ذلك يكون المسيحى الإيرانى وارثا من المسيحى المصرى . إذا قام بينهم سبب الإرث ، والمسيحى التركى يرث المسيحى المصرى إن قام سبب الإرث . مهمـا يكن حكم الدولة الإيرانية أو التركية بالنسبة لميراث الأجنبى منها .

ميـراث المرتـد

٩٠ ــ بينا فى الكلام السابق موانع الميراث واختلاف الفقهاء فيهـا . وهناك حال تعـد من الموانع . وهى حال المرتد . فإن المرتد لا يرث من غيره عند جمهور الفقهاء ، وذلك لأنه فى حكم الميت لاستحقاقه الموت . إذ أن حكم الإسلام فيه أن يستتاب ، فإن لم يتب قتل ، وإن كان امرأة حبست ، وعلى ذلك لا يرث المرتد أو المرتدة المسلم ، لاختلاف الدين . إذ قـد هجر دينـه . ولا يرث قريبه الذى يتفق فى دينه الجـديد ، أو يخالفه إذ لا يقر المرتد على ردته كما بينا ، فيقتل أو يحبس على حسب اختلاف حاله ، ذكورة أو أنوثة ، وفى توريثه من قريبه غير المسلم تقرير لحـاله التى لا يقر عليها بمقتضى حكم الإسـلام .

وأما ماله فقـد اختلف الفقهاء فى شأنه .

١ ــ فأبو حنيفة قرر أنه إذا مات أو لحق بدار الحرب وحكم القـاضى بلحاقه يكون ماله الذى اكتسبه قبـل الردة لورثته المسلمين ، وأما ماله الذى اكتسبه بعـد الردة ، وقبل موته أو لحاقه فإن كان أنثى فكذلك يكون لورثتها ، وإن كان ذكرا فإنه يكون لبيت المـال ، وحجة ذلك الرأى أنه إن مات أو لحق

بدار الحرب ، وحكم بلحاقه فإن موته يستند إلى وقت ردته إن كان ذكراً ، ويستند إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق إن كان أنثى ، وذلك لأن الذكر يستحق الموت ، ويخير بين التوبة والقتل ، فيعتبر فى حكم الميت من وقت ردته ، فما كسبه قبلها يكون ميراثا ، وما كسبه بعدها يكون لبيت المال على أنه مال لا مالك له ، إذ ورثته إنما يخلفونه فى ماله من وقت ردته ، ولا ورثة له من بعد ذلك . أما إذا كانت أنثى فلأنها لا تقتل بالردة بل تحبس ولا تعتبر ميتة من وقت الردة ، بل يعتبر موتها من وقت الموت الحقيقى ، أو من وقت الحكم باللحاق بدار الحرب ، وعلى ذلك ورثتها يخلفونها فى مالها من ذلك الوقت ، فيكون لورثتها مالها قبل الردة ، وما اكتسبته قبل الحكم باللحاق أو الموت .

وعلى مقتضى هذا المذهب يكون ورثة المرتد الذكر فيما يظهر — هم ورثته الذين كانوا وقت الردة ، أما الذين كانوا بعد ذلك فلا يرثون ، لأنهم لم يكونوا ورثة عند استحقاق الميراث ، وكذلك إذا كان له ورثة وقت الردة ، وكانوا قد ماتوا عند الحكم باللحاق ، أو الموت ، فإن نصيبهم يئول لورثتهم ، هذا ما كان يقتضيه ذلك المذهب ما دام سبب الميراث أو الخلافة يستند إلى وقت الردة لا إلى وقت الموت ، أو الحكم باللحاق بدار الحرب ، وهذه إحدى الروايات ، وعليها عول الكرخى ، ولكن روى الحسن بن زيادة اللؤلؤى رواية أخرى وهى أن ورثة المرتد هم ورثته الذين تثبت لهم صفة الاستحقاق من وقت الردة إلى حين الموت أو إلى حين الحكم باللحاق إلى دار الحرب ، فإذا كان له وارث ومات قبل ذلك لا يستحق ورثته شيئا عنه ، وإذا عرض الاستحقاق بعد الردة لا يكون لهم ميراث ، وذلك لعدم ثبوت الاستحقاق من وقت الردة ، وأساس هذه الرواية ، وهى معقولة ، أن المال يكون موقوفا من وقت الردة إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق ، فإن تاب ثبت ملكه ، وإن لم يتب وأصر انتقل للورثة ، فيجب أن تستمر صفة الاستحقاق طول مدة وقف المال ، ليتقرر الإرث .

ولقد روى كذلك محمد بن الحسن أن ورثة المرتد عند أبى حنيفة هم ورثته يوم الموت أو الحكم باللحاق ، وقال صاحب المبسوط أن هذه الرواية أصح الروايات الثلاث ، وعلتها أن الردة لا تنعقد سببا إلا إذا أصر عليها بأن مات مرتدا ، أو حكم بلحاقه بدار الحرب ، بدليل أنه إن تاب قبل ذلك بقى له ماله ، وعلى ذلك فإن سبب الإرث لا يعتبر مجرد حدوث الردة ، بل هذا مضافا إليه الإصرار عليها ، وعلى ذلك لا يعتبر ورثته وقت حدوث

الردة ؛ لأن ذلك جزء من السبب . بل لا يعتبر الورثة إلا بعـد وجود السبب كله ، وهـو موته مصرا عليها أو الحكم بلحاقه بدار الحرب •

هـذا رأى أبى حنيفه • وقال الصاحبان أن مال المرتد قبـل الردة وما كسبه بين حـدوثها وموته أو الحكم بلحاقه كله يكون ميراثا لورثته وقت الموت . أو الحكم باللحاق ، وذلك لأن ملكيته لم تزل عن ماله بالردة ، إذ هـو مكلف تام التكليف . له ذمة مالية قائمة ثابتة . وحكمه حكم المحكوم عليـه بالإعـدام حـدا أو قصاصا ، لا تزول ملكيته عن ماله وتصح تصرفاته فيها كلها وبعضها . فيكون ماله وكسبه له . وينتقل إلى ورثته إذا مات فعلا ؛ أو مات حكما بالحكم بلحاقـه بدار الحرب[٥٧] فليس للردة أثر فى زوال ملكه • وإنمـا أثرهـا فى إباحة دمه إن كان ذكرا . وحبسها إن كانت أنثى •

ويلاحظ أنه فى كلا الرأيين يكون من ورثته امرأته إذا كانت ما زالت فى العـدة ولم تنته عـدتها •

وقـد اتفق فى المذهب على أن ما يكسبه بعـد اللحاق يكون فيئا للمسلمين لزوال عصمته بذلك •

٩١ ـ هـذا مذهب الحنفية ، وأما مذهب الأئمة الثلاثة فقـد روى عن الشافعى مثل قول الصاحبين ، ومثل قول أبى حنيفه ، وروى عن مالك وأحمـد مثل ذلك ولكن الصحيح عن الشافعى ومالك وأحمد أن مال المرتد كله يكون فيئا للمسلمين يوضع فى بيت المـال . فلا يرث من أحـد شيئا . ولا يورث عنـه شىء ، لأنه بردته صار حربا على المسلمين ، فيكون حكم ماله حكم مال الحربى على سـواء . ومال الحربى غنيمة للمسلمين •

هـذه أقوال الأئمة الأربعة أو الصحيح فى النسبة إليهم • وقـد روى عن الإمام أحمد ، رأى غريب فى هـذا ، وهو أن مال المرتد يكون لورثته من أهـل دينه الذى اختار الانتقال إليه ، إن كان منهم من تربطه به صـلة قرابة أو

---

(٥٧) ولقـد حكى الكرخى خلافا بين الصاحبين فى وقت الإرث أهـو وقت الحكم باللحاق أم هـو وقت اللحاق ، فروى عن محمـد أن العبره بالوارث وقت اللحاق . لأن السبب الموجب للميراث هو اللحاق لأنه به تزول العصمة . ويتم الإصرار على الردة ؛ وأبو يوسف اعتبر يوم الحكم . لان الردة عارض قابل للزوال . فلابد من حكم يبعـد احتمال زواله .

زوجية فإن لم يكن فإن ماله يكون لبيت المـال ، كـكل مال لا مالك له • أى أنه يكون فى قسم مال الضوائع من أقسام بيت المـال •

٩٢ ـ هـذا ويجب ملاحظة أمرين :

(أحدهما) أن المرتد إذا لحق بدار الحرب ، وحكم بلحـاقه صار فى حكم الأموات ، فتحل ديونه المؤجلة على مذهب أبى حنيفة ، وتقضى الديون التى لزمته فى حال الإسلام ممـا اكتسبه قبل الردة ، وما لزمه من ديون فى حال ردته يقضى من كسب الردة ، وهـذا عند أبى حنيفة ، ووجهه أن المستحق بالسببين مختلف ، وما دامت الردة وحـدها سبب الوراثة ، فالديون قـد تعلقت بالأموال التى كانت عند حدوثها ، وما لزمه من ديون بعد ذلك تعلق بما اكتسب بعدها •

هـذا عند أبى حنيفة على اشهر الروايات عنه ، وأما عند الصاحبين فإن الديون كلها ، ما لزمه قبـل الردة وبعـدها يتعلق بالمـال كله ، ما كسب منه قبل الردة وما كسب بعـدها • لأن تعلق الدين بالمـال إنما يكون بعـد اللحاق والحكم به ، فكل الديون سواء فى تعلقها بالمـال •

(ثانيهما) أنه إذا عاد المرتد إلى بلاد الإسلام مسلما بعـد الحكم بلحاقه بدار الحرب ، فإن ما يجـده من أمواله قائما يبقى على ملكه ، وما هلك أو استهلك لا يضمن ، لأن من استهلكه قـد استولى عليه بحكم قضائى محترم ، فليس معتديا ، وإذا انتفى الاعتداء فـلا ضمان ، ومثله فى ذلك مثل المفقود إذا حكم بموته ، ثم ظهر حيا ، فما وجـده من ماله قائما أخـذه ، وما وجـده هالكا أو مستهلكا لا يضمنه الورثة ، ومثل المستهلك ما تصرف فيه الوارث تصرفا شرعيا أخرجه به عن ملكه فإنه لا يعود •

٩٣ ـ هـذا هو حكم المرتد لا يرث ، ويورث عنه ماله فى الحـدود التى ذكرناها ، وبالشروط التى بيناها ، وقانون الميراث فى صيغته النهائية لم يتعرض لحكم المرتد لا سلبا ، ولا إيجابيا ، وإذا كان كذلك ، فإنه يرجع فيه إلى مذهب أبى حنيفة ، وهـو أنه لا يرث من غيره ، وذلك متفق عليه عند جمهور الفقهاء ، ويورث عنه ماله الذى اكتسبه قبـل الردة ، وما اكتسبه بعـدها يكون لبيت المـال ـ كما هـو رأى أبى حنيفة ـ خلافا للصاحبين ، إذ لم يذكر الفقهـاء ترجيحا لأحـد الرأيين ، فكان الراجح ما دام لا نص على الترجيح هـو رأى أبى حنيفة ، كما هـو مقرر فى المذهب الحنفى والترجيح فيه •

ولكن قانون الميراث وهو مشروع قد نص فيه على أن المرتد لا يرث . وأن ماله يكون للخزانة العامة من غير تفرقة بين ما اكتسبه قبل الردة وما اكتسبه بعدها ، ومن غير تفرقة بين الذكر والأنثى . ولجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هي التي حذفت ذلك النص . وقالت في ذلك :

« اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الخاصة بإرث المرتد . وتمسكوا بمخالفتها للمادة (١٢) من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد للجميع . وقالوا انه إذا كانت الضرورة اقتضت مخالفة النص الصريح الوارد بالقرآن(٥٨) والذي يقضي بقتل المرتد ، لمخالفته لنص الدستور الصريح ، فإن الضرورة أيضا تقتضي مخالفة الأحكام الشرعية الخاصة بإرث المرتد . لأنها وردت مشبعة بتلك الروح الدينية التي ظهر أنها تخالف الدستور . ومما هو جدير بالملاحظة أن تلك الاحكام وضعت باجتهاد الفقهاء ، وبالتالي ليس لها من القوة ما لنص القرآن الكريم . وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض . وأوضحت على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه شرعا . ولا يصح أن يكون محل مناقشة . أما إرث غيره منه ، فسيوضح عند نظر قانون الأحوال الشخصية » .

وترى من هذا أنه قد حذف النص مع بقاء العمل بالراجح من المذهب الحنفي إلى أن يوضح خلافه .

١ ــ أصحاب الفروض

٩٤ ــ ذكرنا أنه يبدأ بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا بأصحاب الفروض من الورثة . وهم اثنا عشر : الزوجان ، والأب . والأم ، والبنات ، وبنات الابن ، والجد الصحيح . والجدة الصحيحة . والأخوات الشقيقات . والأخوات لأب والإخوة لأم . والأخوات لأم ، وبعض هؤلاء لا يحجب حجب حرمان(٥٩) قط ، وهم الزوجان ، والأب والأم . والبنت ، والآخرون يجوز

(٥٨) الصواب الوارد بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

(٥٩) تجرى على السنة الفقهاء كلمات ثلاث هى : حرمان ، وحجب حرمان ، وحجب نقصان ، ولكل كلمة معنى اصطلاحى خاص ، فالحرمان ان يكون ثمة مانع من موانع الإرث كالقتل . واختلاف الدين ، ويسمى الشخص محروما . والمحروم لا يؤثر في نصيب غيره عند الحنفية فإذا كان للزوجة المتوفاة ابن غير مسلم أو قاتل =

أن يحجبوا حجب حرمان ، ولنبتدىء بعـون الله تعالى ببيان حال كل فريق من هؤلاء . وما يستحقه ، والسند الشرعى لبيان فرضه ، وشروط استحقاقه ؛ وأحوال حجبه حجب حرمان أو حجب نقصان .

مـيراث الزوجـين

٩٥ ـ نصيب الزوجين نص عليه القرآن بقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد . فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعـد وصية يوصين بهـا أو دين . ولهن الربع مما تركتم آن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد ، فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » .

فدلت هـذه الآية الكريمة على أن الزوج يأخـذ نصف ما تتركه زوجته ، إن لم يكن لهـا ولد ، فإن كان لهـا ولد استحق الربع فقط ، والزوجة تأخـذ الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى ولد ، فإن كان له ولد استحقت الثمن .

وتنفرد الواحـدة بالربع أو الثمن ، ويشترك فيه الأكثر من واحـدة . فيشترك فيه الزوجتان والثلاث والأربع .

والولد هـو من ينتسب إلى المتوفى ذكرا كان أو أنثى ، والذين ينتسبون إلى المتوفى من فروعه هم أولاده الصلبيون المباشرون ذكورا كانوا أو اناثا ، وفروع أبنائه ، أما فروع بناته فإنهم لا ينتسبون إليه ، بل ينتسبون إلى غيره ، ولذلك قيـل :

بنـونا بنـو أبنائنـا وبناتنـا بنوهن أبنـاء الرجال الأباعـد

ولذلك قال الفقهاء أن الفرع الذى ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع ، والزوجة من الربع إلى الثمن ، هـو الفرع الوارث ويقصـدون به صاحب الفرض أو العصبة ، أما إذا كان من ذوى الأرحام فلا ينقل .

والفرع الوارث الذى يؤثر ذلك التأثير يشترط ألا يقوم به مانع من موانع

= لا يؤثر فى نصيب الزوج . فلا ينقله من النصف إلى الربع ، وكذلك الزوجة . وحجب الحرمان الا يستحق الوارث شيئا لوجود من هو أولى منه كالأخ لأب مع الأخ الشقيق ، وهو يؤثر فى نصيب غيره . وحجب النقصان أن ينتقل النصيب من فرض إلى فرض ، كأن ينقل الفرع الوارث نصيب الزوج من النصف إلى الربع .

الإرث ، فإن قام به مانع من موانع الإرث لا يؤثر فى نصيب أحد الزوجين ، فلا ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع . ولا نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن • لأن المحروم بسبب وجود مانع من موانع الإرث يكون فى حكم المعدوم ، فلا يكون له وجود شرعى يؤثر فى نصيب غيره . فإذا كان للزوجة المسلمة ابن غير مسلم ، أو كان هو الذى قتلها فإنه يعتبر كأنه معدوم • كأنه ليس ثمة فرع مطلقا(٦٠) •

وكذلك الشأن فى كل ذى فرض يؤثر فى نصيبه الفرع ، فإنه يشترط أن يكون ذلك الفرع لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وألا يكون محروما بأن لا يقوم به مانع من موانع الإرث •

٩٦ — وميراث الزوجين سببه الزوجية كما قررنا . ولذلك يجب أن تكون قائمة عند الوفاة حقيقة أو حكما . وقيامها حقيقة بأن يكون المتوفى منهما عند الموت زوجا ، وتكون قائمة حكما إذا كانت معتدة من طلاق رجعى وقت وفاتها أو وفاته ، أو يكون الشارع قد اعتبر المتوفى فارا من الميراث وكانت العدة قائمة • وعلى ذلك تكون شروط الميراث بالزوجية اثنين •

(أحدهما) أن تكون الزوجية صحيحة • فإن كان العقد فاسدا فلا توارث وإذا استمرت العشرة بمقتضاه إلى الوفاة . فمن عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع • فلا توارث بينهما ، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول ، بل إن لم يعلم ذلك إلا بعد الوفاة ، لأن العقد الفاسد لا يرتب عليه الشارع أى أثر من الآثار فى ذاته لأنه لا يعترف بوجوده ، ولا يرتب عليه أى حكم من

---

(٦٠) جاء فى أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ما نصه :

« اختلف السلف فى الحجب ممن لا يرث ، وهو أن يخلف الحر المسلم أبوين حرين مسلمين وأخوين كافرين أو مملوكين أو قاتلين . فقال على وعمر وزيد : للأم الثلث وما بقى فللأب . وكذلك المسلمة إذا تركت زوجا . وأبنا كافرا . أو مملوكا ، أو قاتلا ، أو الرجل ترك امرأة . وأبنا كذلك لا يحجبون الزوج ولا المرأة عن نصيبهما الأكثر إلى الأقل ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ومالك والثورى والشافعى ؛ وقال عبد الله بن مسعود يحجبون وإن لم يرثوا . وقال الأوزاعى والحسن بن صالح : المملوك والكافر لا يرثان ولا يحجبان . والقاتل لا يرث ويحجب . وقال أبو بكر لا خلاف فى أن الأب الكافر لا يحجب ابنه من ميراث جده ، وأنه بمنزلة الميت . فكذلك حكم حجب الأم والزوج والزوجة •

الأحكام الشرعية التى تكون أثرا للعقد الصحيح ، وإن أعترف الشارع ببعض الأحكام التى تكون بسبب الدخول فى العقد الفاسد أحيانا ؛ فالسبب الموجب لهذه الأحكام هـو الدخول مـع وجود الشبهة القوية المـانعة لإقامة حـد ، ولذلك يثبت المهر والعـدة والنسب لمن يكون ثمرة هـذا الدخول ، وفى حال ثبوت نسبه من العاقـد المتوفى يرث ، وإن كانت أمه لا ترث .

ولا فرق فى ذلك بين العلم بالسبب الموجب للفساد قبل الوفاة وبعـدها ، لانه إن علم السبب الموجب لذلك — تبين أن الفساد لحق العقـد من وقت وجوده . فلا يرتب عليه الشارع أى حكم من الأحكام ، إلا ما يوجبه الدخـول بشبهة قوية فى بعض العقود الفاسدة .

واعتبار العقـد الفاسـد غير مسوغ للميراث بسبب الزوجية يكون بين المسلمين أيا كان سبب الفساد عند الحنفية . أى سواء أكان الفساد لتخلف شرط من شروط صحة العقـد اللازمة للإنشاء فقط ، أم التى تكون لازمة للإنشاء والبقاء كالمحرمية . وسواء أكان سبب الفساد متفقا عليه أم كان مختلفا فيه ، ما دام قـد تقرر فى المذهب أن العقد فاسد .

هـذا مذهب الحنفية ، وهـو مذهب الشافعى وأحمد . وقال مالك أن سبب الفساد إن كان متفقا عليه بين الأئمة كتزوج خامسة وفى عصمته أربع ، أو تزوج المحرمة رضاعا جاهلا سبب التحريم فإنه لا توارث بين الزوجين سـواء أمات احـدهما قبل المتاركة والفسخ أم مات بعـد المتاركة والفسخ .

وإن كان السبب الموجب للفساد غير متفق عليه كعـدم الولى فى زواج البالغة العـاقلة فإن العقد إن عقـد من غير وجوده يكون فاسـدا عند الأئمـة الثلاثة ، ويكون صحيحا عند أبى حنيفة ، ورواية عن أبى يوسف ، ففى هـذه الحال وأشباهها إن كانت الوفاة بعـد الفسخ فلا توارث لعـدم قيام السبب الموجب للميراث ، إذ انتهت الزوجية ، وإن كانت الوفاة قبـل الفسخ ، فإن الزوجية قائمة على رأى من يرى صحة الزواج ؛ فيكون الميراث لذلك ثابتا ؛ وكأن مالكا يرى أن الزوجية المختلف فيها نفيا . موضع شك ، لأن ما يخالف فيه بعض الأئمة إنما يكون مبنيا على دليل ، ورأيه خطـأ يحتمل الصواب ، ولا تنفى الزوجية مع هـذا الاحتمال فيكون سبب الميراث قـد قام .

٩٧ — هـذا وقبل أن نترك الكلام فى العقد الفاسد وبطلان التوارث بسببه

نقرر أن ذلك إنما هــو فى توارث المسلمين : أما غير المسلمين . فقــد قسم الفقهاء الفساد قسمين يختلف أحــدهما عن الآخر لاختلاف السبب ، والقسم الأول الفساد بسبب تخلف شرط هــو شرط للإنشاء والبقاء ، كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج على سبيل التأبيد . وهــذا لا يقران عليه مطلقا إذا أسلما ، والقسم الثانى أن يكون الفساد بسبب تخلف شرط هو شرط للإنشاء ، وليس بشرط للبقاء ، ولذلك يقران على زواجهما إذا أسلما وقــد كان عقدهما من غير شــــهود .

ولقــد قال فقهاء الحنفية إنه إذا كان فساد عقد زواج غير المسلمين لا يقران عليه إذا أسلما فإنه لا يثبت به التوارث . فإن ترافعوا إلينا لا نقضى بالميراث لأن القضاء يتضمن الحكم بصحة الزوجية حال النزاع ، وهى حال النزاع لا تصلح للحكم بصحتها : وإن كانا يقران على الزواج إن أسلما : لأن الفساد بسبب تخلف شرط للإنشاء لا للبقاء ، فإن ترافعوا إلينا فإنا نحكم بإجراء التوارث لأن العقد وقت التحاكم لا يوجــد ما يمنع استمراره وبقاءه .

هــذا هــو حكم التوارث بين الزوجين غير المسلمين إذا كان العقد صحيحا عندهم وفاسدا فى نظر المسلمين ، وهــذا الحكم هو المشهور فى المذهب الحنفى حتى لقــد قال صاحب المبسوط : أنه مجمع عليه بين الفقهاء فى المذهب : أى أنه لا رأى ســـواه .

ولكن ذكر ابن عابدين فى رد المختار قولا ثانيا : وهــو أن يجرى التوارث بين غير المسلمين ما دام العقــد صحيحا عندهم من غير تفرقة بين عقــد صحيح وغير صحيح عندنا ، ومن نظر إلى كون الفساد يقران عليه إذا أسلما . أو لا يقران ، وذلك لأن العبرة فى قيام الزوجية النظر إلى ديانتهما ، فما دام الزواج جائزا عندهم فالتوارث يجوز بناء عليه ، لأن التوارث ثمرة من ثمراته ، وهم يدينون فيما بينهم بمـــا يعتقدون ، لا بما نعتقد .

وحجة القول الأول : أن التوريث بالزواج سببه الزوجية : وهى الزوجية الصحيحة فى نظر المسلمين ، فلابد أن يحكم الإسلام وقت إجراء الإرث بأن العقــد يصلح للحكم عليه بالصحة فى الجملة ، ما دام التوريث على أســـاس النظـــام الإســـلامى .

وقــد ذكر ابن عابدين أن هــذا القول هو الصحيح : وعندى أن المسألة

لها أصل فى الخلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى ، وذلك لأن أئمة المذهب الحنفى حكموا بأن العقد الفاسد عندهم لتخلف شرط الإنشاء فقط لا نبطله إن تحاكموا إلينا فى شأن الزواج أو أسلموا ، أما إن كان قد تخلف شرط للبقاء فنبطله إن احتكموا إلينا (لنحكم بشريعتنا) أو أسلموا ، لكن إن لم يتحاكموا فى الزواج بل تحاكموا فى آثاره فهل نحكم بها ؟ قال الصاحبان لا نحكم . لأن العقد فى ذاته فاسد لا يقبل الصحة فلا نحكم بآثاره ، وقال أبو حنيفة إنهم إن تحاكموا فى النفقة أو نحوها حكمنا بالنفقة . ويظهر أن كل آثار النكاح كالنفقة ، وذلك لأن العقد ما دأما يدينان به فهو معتبر وصحيح فى ذاته عندهم . ولكنهم إن تحاكموا إلينا فى شأنه حكمنا بشريعتنا لا بشريعتهم لقوله تعالى « فاحكم بينهم بما أنزل الله » فنبطل العقد متى كان موضوع النزاع هو الزواج نفسه ، أما إن تحاكموا فى آثاره فإننا نسايرهم على اعتقادهم ما دام موضوع النزاع هو الأثر لا العقد نفسه • ولأن ذلك ناشىء عن تركهم وما يدينون •

وعلى ذلك نقول أن ما نقله ابن عابدين من أن التوارث يجرى بينهم فى كل عقد فاسد عندنا ما دام صحيحا عندهم هو أشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله ، والقول الآخر أشبه بقول الصاحبين ، وأنه بعد جعل قانون الميراث قانونا عاما يجرى التوارث بمقتضاه بين كل المقيمين بمصر ، يكون القول الأخير هو الأوفق . ويجب أن يجرى العمل على مقتضاه ، فلا ينظر القاضى فى صحة الزواج عندنا ما دام صحيحا عندهم ، وإنما يجرى التوارث من غير نظر وراء ذلك •

٩٨ — وثانى الشرطين قيام الزوجية عند الوفاة ، وقيامها بأن تكون الوفاة وهما زوجان أو تكون عدة من طلاق رجعى ، فإذا توفى الزوج وهى مطلقة طلاقا رجعيا ، ولم تكن العدة قد انتهت ورثت منه ، وكذلك إذا توفيت وهى فى العدة ، وذلك لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث •

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لا توارث ولو كانت الوفاة فى حال العدة إلا إذا كان من تولى سبب الفرقة قد اعتبر فارا من الميراث •

ويعتبر فارا إذا كانت الفرقة من قبل من مات ، وهو مريض مرض الموت بغير رضا الطرف الآخر ، وعلى ذلك إذا طلق المريض مرض الموت امرأته ، وكان طائعا مختارا فى طلاقها ، وكان الطلاق بغير رضاها ، وكانت مستحقه للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فإنه يعتبر فارا من الميراث بهذا الطلاق البائن فى مرض الموت . فلو كان مكرها بالطلاق على فرض أن طلاق المكره يقع (على

ما هـو مذهب الحنفية - وهو خلاف المعمول به) فإنها لا ترث . وكذلك إذا كان الطلاق بطلبها ، وثبت الطلب : أو كان الطلاق على مال . فإنه لا يعتبر فارا ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار - وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطـلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فارا أيضا . كأن كانت غير مسلمه وقت الطلاق ، ثم أسلمت بعـد الطلاق . فإنها لا تكون مستحقة للميراث وإنما زالت مظنة الفرار فى هـذه الحال ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه لاختلاف الدين - فلا يتصور فارا من أمر غير متوقع . ثم لابد من استمرار الصلاحية للميراث إلى وقت الوفاة : فلو كانت مسلمه عند الطلاق ثم ارتدت . ثم عادت إلى الإسلام لا يعتبر الزوج فارا . لأنها بارتدادها أسقطت حقها فى الميراث . والساقط لا يعـود .

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار - وماتت وهى فى العـدة . فهى ترثه ، وهـذا هـو رأى الحنفية وهو أوسط الآراء وعليه يسير العمل .

٩٩ — وقـد خالف فى ذلك الأئمة الثلاثة ، ولكل رأى منفرد . فالشافعى رضى الله عنه قال أنها لا ترث كالمطلقة طلاقا بائنا فى الصحة - لأن الزوجيـة قـد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى سبب التوارث بين الزوجين فلا سبب للتوارث : ولو مات وهى فى العـدة فلا عبرة بمظنة الفرار - لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة . والسبب الظاهر قـد زال بعمل من يملك إزالته . فلا عبرة بنيته .

وحجة الحنفية فعل الصحابة ، وأن الزوجية وهى سبب الميراث قد أزالها بقصـد إبطال حقها فى الميراث فيرد عليه قصده ما بقيت العـدة لبقـاء آثار الزوجية ، فجعلت آثار الزوجية قائمة مقـامها حتى لو انتهت العـدة تكون الزوجية وآثارها قـد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعى .

وقال أحمد بن حنبل أن المطلقة طلاقا بائنا فى مرض المطلق الذى قصـد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق فى الإرث - ولو انتهت العـدة ، فلو مات بعـد انتهائها ترثه إلا إذا كانت قـد تزوجت قبل موته : وذلك ليرد عليه قصده فترث ما لم يوجـد مانع يقطع فرض الزوجية بينه وبينها قطعا تاما ، وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته . لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصـور قيام الزوجية الأولى التى ترث بها ، إذ لا يتصور أن تكون لهـا زوجية من اثنين ، وعلى ذلك الرأى ابن أبى ليلى من فقهاء العراق .

وقال مالك أن حقها فى الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل موته لأن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له ، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال كما لو لم يطلقها(٦١) .

ومثل الطلاق كل فرقة تكون من قبل المريض ، ويموت بعدها ، وهى فى العدة . كاللعان والارتداد ، والتفريق بخيار الإفاقة .

والفرقة التى تكون من قبل المرأة وهى مريضة مرض الموت . يثبت معها الميراث إن ماتت وهى فى العدة ، وفعلت ما أوجب الفرقة طائعة مختارة بغير رضا زوجها ، كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار الإفاقة أو فعلت مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ، فإنها تعتبر فارة من الميراث ويستحق زوجها الميراث ، إن ماتت وهى فى العدة ، لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها . فيرد عليها قصدها .

ميراث أولاد الأم

١٠٠ ــ أولاد الأم هم الإخوة لأم والأخوات لأم ، ويستحقون فى الميراث بالفرض . وفرض الواحد سواء أكان ذكرا . أم كان أنثى ــ السدس ، وفرض الأكثر من واحد ذكورا كانوا أو إناثا ، أو مختلطين الثلث مهما يكن عددهم ، والذكر والأنثى فيه سواء فتكون حصة الأنثى مساوية لحصة الذكر ، فإذا كان للمتوفى أخ لأم وأخت لأم ، فهما سواء فى الثلث يقتسمانه بينهما نصفين ، وإن كانوا ثلاثة إحداهن أنثى قسموه بينهم ثلاثا ، وهكذا ، وشروط استحقاق أولاد الأم :

(أ) ألا يكون هناك فرع وارث عن أصحاب الفروض أو العصبات ، وهو ولد المتوفى ، وولد ابنه ، أو ابن ابنه ... إلخ .

---

(٦١) بينت الميراث بالزوجية المادة الحادية عشرة . وهذا نصها : « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد وولد الابن وإن نزل . وللزوجة ولو مطلقة رجعيا إذا مات زوجها ، وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد أو ولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترد بالطلاق ، ومات المطلق فى ذلك المرض . وهى فى العدة » .

(ب) ألا يكون هناك أصل مذكر وارث : بألا يكون هناك أب ولا جد صحيح وإن علا .

وعلى ذلك يحجب الإخوة لأم والأخوات لأم — الأب والجد الصحيح والفروع الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فلا يرثون مع هؤلاء شيئاً قط ، ويحجبونهم حجب حرمان ، وذلك لأن القرآن الكريم سمى ميراثهم ميراث كلالة ، والكلالة هى القرابة التى لا تكون من عمود النسب . فشرط ميراثهم ألا يكون أحد من عمود النسب .

١٠١ — والأصل فى ميراث أولاد الأم قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ؛ وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين ؛ غير مضار وصية من الله ؛ والله عليم حكيم » .

والمفسرون على أن الكلالة المذكورة فى القرآن هو الميت الذى ليس له والد ولا ولد ؛ وإن ذلك هو التفسير المأثور عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فقد روى عنه عليه السلام أنه قال لرجل سأله عن الكلالة : « من مات وليس له والد ، ولا ولد ، فورثته كلالة » وترى من هذا أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه فسر الكلالة بحال الميراث التى يكون فيها الوارث غير الوالد والولد .

ولكن كلمة الكلالة ذكرت فى موضعين فى القرآن الكريم ؛ فى هذا الموضع وفى موضع آخر ، فى آخر سورة النساء فى قوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة » وقد اتفق الصحابة على أن الأخوات والإخوة المذكورين فى الآية الأولى أولاد الأم ، كما اتفقوا على أن المراد بالأخ والأخت المذكورين فى آخر السورة الأشقاء أو لأب .

ثم إن كلمة الوالد فى هذا المقام تشمل كل أصل مذكر لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ؛ وكلمة ولد تشمل كل من ينتسب إلى الميت من غير أن تدخل فى نسبته إليه أنثى على ما بينا .

ثم إن التعبير بكلمة : « فهم شركاء فى الثلث » فى الآية الكريمه يدل على التسوية بين الذكر والأنثى ؛ لأن الشركة إذا اطلقت كانت على التساوى . فهى فى ذاتها تدل على التساوى المطلق .

١٠٢ ــ هــذا ويلاحظ أن الأخــوات والإخــوة والأشقاء يرثون بوصف كونهم إخوة أو أخوات لأم ، إذا كانوا لا يرثون بوصف كونهم أشقاء ، بأن كان ميراثهم على ذلك الوصف ، على أنهم يأخذون الباقى بالتعصيب ، ولا يكون فى المسألة باق ، بينما يكون أولاد الأم قــد أخــذوا الثلث ، فإنهم فى هــذه الحال يأخــذون معهم بوصف كونهم أولاد أم ، لأنهم أولاد أب وأم . وبهــذا الوصف يكونون عصبة ، فإذا لم يعطهم ذلك شيئا أخــذوا باعتبارهم أولاد أم فقط ، وتسمى المسألة التى تكون على هــذه الحال المسألة المشتركة ، وسنبينها فى موضعها إن شاء الله تعالى(٦٢) .

مــيراث البنــات

١٠٣ ــ جمعت أحكام ميراث البنات الصلبيات أى بنات المتوفى مباشرة هــذه الكلمات الكريمات : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك . وإن كانت واحدة فلها النصف » .

فهــذه الكلمات الكريمة تدل على أن أحوال البنات الصلبيات ثلاث :

أولاها ــ أن يكون معهن ابن صلبى أو أبناء ، وفى هــذه الحال يكون الجميع عصبه للذكر مثل حظ الأنثيين . أى يأخــذون مع الأبنــاء الباقى بعــد أصحاب الفروض على أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى ، وهــذا ما ذكر أولا فى الآية الكريمـــة .

وثانيها ــ أن يكن نساء فــوق اثنتين فقط ، وفى هــذه الحال يكون لهن ثلثا التركة على ألا يكون معهن ذكر يعصبهن ، وإلا كانت الحالة الأولى ، والآية صريحة فى أن ما فوق اثنين يأخــذن الثلثين ، أما الثنتان فاستحقاقهما الثلثان يفهم ضمنا من حكم الأخوات الشقيقات فى قوله تعالى : « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » فإذا كانت الأختان إذا لم يكن من يعصبهن تأخــذان الثلثين ، وقرابتهن بالمتوفى دون قرابة البنتين يكون البنتان بالأولى مستحقتين الثلثين ، فالقرآن الكريم قــد حــذف فى آية البنات حكم حالة الثنتين منهن ، لأنه يفهم

---

(٦٢) بينت حكم أولاد الأم المــادة (١٠) وهــذا نصها : « لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء ، وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم على الوجه المتقدم » .

من آية الأخوات ، وهــذا هــو الإيجاز المحكم ، وسر الإعجاز .

وثالثها — انها تأخــذ النصف إذا كانت بنتا واحــدة ، وهــذا صريح الآية الكريمة ، فقــد ذكر في آخرها حكم هــذه الحال[٦٣] .

ويلاحظ أن البنات الصلبيات كالزوجين لا يحجبن حجب حرمان قط فإذا استوفين شروط الميراث ، وانتفت موانعه فلابد أن يأخــذن شيئا قل أو كثر .

١٠٤ — قــد رأيت في الحال الثانية للبنات الصلبيات أنهــن يأخــذن الثلثين إن كن نساء فوق اثنتين ، كما هو صريح الآية الكريمة ، وإذا كانت اثنتان فقط قلنــا أنهما تأخــذان الثلثين أيضا استنباطا من اية الأخوات الشقيقات . وهــذا رأى جمهور الفقهاء . وهــو مأخوذ من القرآن . والحــديث والقياس . ومن فتاوى جمهور الصحابة ، ولكن روى أن ابن عباس رضى الله عنهما قال أن الاثنتين من البنات لا تأخــذان الثلثين ، بل تأخــذان النصف فقط . واحتج بأن الآية قــد نصت على حكم الأكثر من اثنتين . وعلى الواحــدة . فأعطت ما فــوق الثنتين ، وأعطت الواحــدة النصف . فإذا أعطيت الاثنتان الثلثين فقد خالفت الآية ، ولم يبق إلا أن تعطيا الأدنى .

وحجة الجمهور (أ) ما ذكرنا من أن آية الأخوات قــد ذكرت أن اثنتين تأخــذان الثلثين . وبدلالة النص يثبت ذلك للبنتين ، لأنهما أقرب للمتوفى ، وأحق بالوراثة . وليس من المعقول أن تأخذ الأختان الثلثين ، وتأخذ البنتان النصف .

(ب) أن الله سبحانه وتعالى جعل نصيب الابن ضعف نصيب البنت ، فلو كان لــه ابن وبنت يكون الثلثان للابن ، والثلث للبنت ، وإن هــذا يتضمن أن البنتين لهما الثلثان ، إن لم يكن سواهما ، لأنه جعل نصيب الابن كابنتين ، وقد استحق الثلثين عند اجتماعه مع إحداهما فتستحقانه معا ، لقيامهما مقامه .

---

(٦٣) قــد بينت احوال البنات وبنات الابن المــادة (١٢) وهى تبين حال الفرض دون التعصيب . وتركت حال التعصيب للمــادة ١٩ . وهــذا نص المــادة ١٢ : مع مراعاة حكم المــادة ١٩ (أ) للواحــدة من البنات النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان . (ب) ولبنات الابن الفرض المتقــدم ذكره عند عــدم وجود بنت أو بنت ابن اعلى منهن درجة ، ولهن واحــدة او اكثر السدس مع البنت او مع بنت الابن الأعلى درجــة .

(ج) ولأن البنت مع الابن تأخذ الثلث . ويأخذ هو الثلثين باعتبار هذا نصيب اثنتين فلا يمكن أن يقل نصيبهما عن ذلك إذا وجدت بنتان ، ولو جعلنا نصيبهما النصف لقل عن ذلك ، وهذا غير معقول .

(د) روى جابر أنه « جاءت امرأة من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ببنتين لها . فقالت : يا رسول الله هاتان بنتا ثابت بن قيس قتل معك يوم أحد ، ولم يدع لهما عمهما مالا إلا أخذه ، فما ترى يا رسول الله ، فوالله لا تنكحان أبداً إلا ولهما مال ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقضى الله فى ذلك . فنزلت من سورة النساء : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الآية ، فقال صلى الله عليه وسلم : ادعوا لى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين ، وأعط أمهما الثمن » .

فدل هذا الحديث بصريحه على أن الاثنتين من البنات نصيبهما الثلثان وعلى أن ذلك قد تضمنه القرآن الكريم ، وليس وراء ذلك مجال للاستنباط .

ولقد ذكر بعض العلماء أنه قد انعقد الإجماع على ذلك من بعد عصر الصحابة ، فلا مجال للمخالفة[٦٤] ، وفى الواقع أن رواية خلاف ابن عباس فى هذا موضع نظر ، فإنا لا نحسب أن حبر هذه الأمة تخفى عليه مثل هذه القضية ، ولقد روى الجصاص هذه الرواية وجعلها موضع نظر ، فقد قال : لم يخالف فى ذلك أحد إلا شيئا روى عن ابن عباس أنه جعل للبنتين النصف ، كنصيب الواحدة .

ميراث بنات الابن

١٠٥ — اتفق العلماء على أن أولاد الابن يطلق عليهم اسم أولاد ، ولكنه يكون إطلاقا مجازيا لا إطلاقا حقيقيا ، ولا يصار إلى المجاز ما أمكن إطلاق اللفظ على حقيقته ، ولذلك قرر العلماء أن بنات الابن ، وإن نزل أبوهن يأخذن حكم البنات . إن لم يكن ثمة أولاد صلبيون للمتوفى ، لأنه فى هذه الحال يحمل نص الشارع الكريم على الأولاد المجازيين ، إذ لم يمكن حمله على الأولاد الحقيقيين ، ومثل ذلك مثل الواقف إذا قال وقفت على أولادى ، ولم يكن أولاد

---

(٦٤) قد ذكر هذا الخلاف وتلك الأدلة أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن ج ٣ ص ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ .

صلبيون ، وله أولاد ابن ، فيحمل اللفظ على أولاد الابن ، إذ لم يمكن إطلاق اللفظ على معناه الحقيقى ، فيطلق على المعنى المجازى .

ولذلك اتفق الصحابة على إعطاء بنات الابن فى الأحوال الثلاث السابقة التى ذكرناها للبنات الصلبيات ، إذا لم يكن للميت أولاد صلبيون قط ذكورا كانوا أو إناثا ، أو لم يكن للميت بنت ولا ابن ، واتفق الفقهاء من بعدهم على ذلك .

وعلى ذلك تكون لبنت الابن عند عدم وجود أولاد للميت مطلقا الأحوال السابقة مع حالين آخرين ، والأحوال كلها هى :

(أ) النصف إذا انفردت ، بشرط الا تكون بنت صلبية ولا ولد صلبى ، كما ذكرنا ، أيا كانت درجة بنت الابن ، أى سواء أكانت قربى ، أم كانت بعدى ، أى سواء أكان أبوها ابنا أو ابن ابن قريبا أو بعيدا بشرط ألا تكون هناك طبقة أعلى منها ، كبنت ابن ابن ، مع ابن ابن ، فإنها لا ترث لأنه أعلى منها ، فكان بالنسبة لها كالابن الصلبى .

(ب) أن تكون هناك اثنتان فأكثر ، فيكون لهما الثلثان ، بشرط ألا يكون هناك أولاد صلبيون .

وسواء أكان أبوهن قريبا أم كان بعيدا ، بشرط ألا يكون هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن كان هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن حكمهن يكون كحكم بنت الابن القريبة إذا كان هناك أولاد صلبيون،لأن منزلة أولاد الابن الأقربين من غيرهم ، كمنزلة الأولاد الصلبيين من غيرهم ، فإذا كان هناك بنتا ابن ابن ، وبنتا ابن ، كان الحكم كما لو كان هناك بنتان وبنتا ابن ، لأن النسبة بين بنتى الابن ، وبنتى ابن الابن كالنسبة بين البنتين ، وبنتى الابن ، فيثبت حكم هذه الحال لما يشبهها بمقتضى القياس الفقهى ، الذى يوجب تماثل الأحكام عند تماثل الأحوال .

(ج) إذا كانت هناك بنت صلبية ، وبنت ابن أو بنات ابن ، قرب أبوهن أو بعد ، فإنه فى هذه الحال يكون للبنت الصلبية فرضها ، وهو النصف ، ويكون لبنات الابن السدس تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وشرط هذه الحال ألا يكون هناك ابن ابن فى طبقات بنات الابن ، لأنه إن كان يكون نصيبهن معه للذكر مثل حظ الأنثيين كما سنبين فى الحال الآتية .

وكان نصيب بنت الابن السدس مع البنت الصلبية المستحقة للنصف ، لدليل من الأثر ، ودليل من القياس ، أما الأثر فهو ما روى أن عبد الله

ابن مسعود قال فى مسألة ميراث كان فيها بنت ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، « أقضى بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : لابنته النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ، وما بقى فللأخت من الأب والأم ، فدل هذا الأثر على أن بنات الابن يأخذن السدس ، تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وإذا كانت هناك بنت صلبية أخذت النصف ، وقد نسب ابن مسعود ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال إنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما الدليل من القياس - فهو أن الشارع قد أعطى البنات الثلثين ، كما هو نص الآية الكريمة : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » وليس فى مثل هذه المسألة إلا بنت واحدة صلبية ، فتستحق النصف المنصوص عليه ، ولكن البنات لم يستغرقن ما خصص لهن فى حال اجتماع النساء فاعتبرت بنت الابن كبنت . لأجل استيفاء الثلثين ، وأخذت السدس ليستغرقن الثلثين ، ولذلك يقال : هذا السدس تكملة للثلثين .

ويجب التنبيه هنا إلى أن بنت الابن البعيد بالنسبة لبنت الابن القريب ، كبنت الابن مع البنت - أى أن بنت الابن القريب تأخذ النصف . وبنات الابن البعيد يأخذن السدس تنفرد به الواحدة - وتشترك فيه الأكثر من واحدة كما بينا من أن النسبة بينهما من حيث القرب إلى الميت واحدة ، فيكون الحكم واحدا .

(د) تكون بنت الابن عصبة إذا كان هناك ابن ابن فى طبقتها يعصبها فإذا كان مع بنت الابن — ابن ابن فى درجة واحدة ، سواء أكان أخاها أم ابن عمها ، فإنه يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، كالشأن بالنسبة للبنات ، إذ ينطبق عليهن قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » وكان انطباق هذه الآية لأنهم أولاد مجازيون ، فيعطون حكم الأولاد الحقيقيين ، كما بينا فى صدر الكلام .

ويقول الفقهاء أن ابن الابن يعصب بنت الابن التى تكون فى درجته ، سواء احتاجت إليه ، أم لم تحتج إليه ، ومع عدم احتياجها إليه أنها كانت ترث لو لم يوجد معها كأن يكون هناك بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنه

فى هـذه الصورة لو لم يكن معها ابن ابن لكانت تأخـذ السدس تكملة للثلثين ؛ فيقال أنها ما كانت محتاجة إليه فى الميراث . ولكنه يعصبها مع ذلك . فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ، ومعنى احتياجها أنها ما كانت ترث لولا وجوده ؛ كأن يكون فى المسألة بنتان ، وبنت ابن ، وابن ابن ؛ فإنها فى هـذه الحال ما كانت تأخـذ شيئا إذا لم يكن معها ؛ لأن البنات قـد استغرقن الثلثين ، فلم يبـق لهـا منهما شيء ، فلما وجـد معها ابن ابن كانت عصبة به للذكر مثل حظ الأنثيين .

هـذا حكم ما إذا كان ابن الابن متحـد الدرجـة مع بنت الابن ؛ وإذا كان مختلف الدرجة ، فإن كان هـو أعلى منها فإنه يحجبها حجب حرمان . ولا يعصبها ، كما بينا . وإن كانت هى أعلى منه ؛ بأن كانت أقرب إلى الميت منه . فإن كانت لا ترث إلا بالتعصيب أى أنه لو لم يعصبها لا ترث فإنه يعصبها فى هـذه الحال ، كأن يكون فى المسألة بنتان وبنت ابن . وابن ابن ابن . فإنهـا تكون عصبة به للذكر مثل حظ الأنثيين . لأنها محتاجة إليه ؛ وإن كانت ترث من غير حاجة إلى التعصيب ، كأن تكون المسألة بنتا ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن . فإنها لا تكون عصبة به . بل يكون لها السدس تكملة للثلثين . ويكون هو عصبة يأخـذ البـاقى(٦٥) .

---

(٦٥) يرى من هـذا ان جمهور الفقهاء جعلوا بنت الابن مع ابن الابن . كالبنات مع الابن فى حال ما إذا كن معه فى درجة واحـدة . وإن تفاوتت الدرجات حكموا بأنهن ينتفعن من ابن الابن إذا كان دونهن فى الدرجة . وجعلوهن بمنزلة من يكن فى درجته إن احتجن إليه ، وعلى هـذا الرأى عامة الصحابة والتابعين ، ولكن روى عن ابن مسعود أنه قال : إذا كان بنات ابن وابن ابن فى درجتها من غير ان يكونوا أولادا صلبيين لا ذكورا ولا إناثا تكن عصبة به للذكر مثل حظ الانثيين . وإن كانت هناك بنـات صلبيات ، فإن كانت واحـدة وكان مع بنت الابن ابن ابن تأخـذ ابخس القـدرين السدس أو التعصيب ، فاذا كانت بنات الابن اثنتين ، مـع ابن ابن واحـد اخذتا السدس ، لأنه ابخس القـدرين . إذ بالتعصيب يأخـذن الربع ؛ وإن كانت البنات الصلبيات اكثر من واحـدة واستحققن الثلثين حجبن بنات الابن حجب حرمان فلا يعصبهن ابن ابن ولو كان فى درجتهن ، وذلك لأن بنات الابن لو انفردن مع البنتين ما اخـذن شيئا ، لأنهن محجوبات . وابن الابن لا يزيل ذلك الحجب ولو كان فى درجتهن . ولأن النساء اللاتى يصرن عصبة بالغير يكن اصحاب فروض من غير وجود الذكر الذى يعصبهن ، وما كن كذلك قبل وجوده ، ولأن التعصيب الغرض منه الا تزيد الأنثى عن الذكر ، فجعل لتستمر النسبة لا لتستفيد الأنثى ، فكان من اللازم الا يأخـذن اكثر من السدس قط عند اخـذهن السدس والا يأخـذن شيئا إن كانت بنتان » .

وقد توجد حال يعصب ابن الابن من هى فى درجته ، ومن هو أعلى منه كأن تكون المسألة هكذا : بنتان ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن فإنه يعصب العليا ، لأنها احتاجت إليه ، ويعصب من هى فى درجته ، لأنهما يجتمعان فى درجة واحدة ، فيكون الثلاثة عصبة للذكر مثل حظ الأنثيين(٦٦) .

(هـ) الحال الأخيرة هى حجب بنات الابن ، فيحجبن حجب حرمان بوجود الابن ، وكذلك بوجود ابن ابن أعلى منهن ، فإذا كان للمتوفى بنت وابن وبنات ابن لا يأخذن شيئا لوجود الابن ، وكذلك إذا كان للميت ابن ابن وبنت ابن ابن ، فإنها لا تأخذ شيئا لوجود ابن ابن أعلى منها ، وذلك لأن شرط ميراث أولاد الابن الا يكون هناك أولاد صلبيون ، لأنهم يرثون بوصف كونهم أولادا مجازا ، ولا يتحقق ذلك المجاز ما أمكنت الحقيقة ، فلا يستحقون عند وجود الابن شيئا ، وأخذت بنت الابن مع البنت لعدم استغراق البنت كل التركة ، أما إذا كان هناك ابن ذكر ، فإنه مع أصحاب الفروض يستغرق كل التركة فلا يبقى شىء من بعده .

وابن الابن بالنسبة لمن دونه فى الدرجة كبنت ابن ابن — بمنزلة الابن ، فيحجبها بالقياس على الابن(٦٧) .

هذا ويلاحظ أن الابن أو ابن الابن إذا كان به مانع من موانع الإرث لا يحجب بنت الابن ، ولا يحجب غيره حجب حرمان ، ولا حجب نقصان لأن الممنوع ويسمى المحروم يعد فى حكم المعدوم عند جمهور الفقهاء ، فلا يؤثر فى نصيب غيره بالحجب ، لا حجب حرمان ولا حجب نقصان على ما هو مقرر .

---

(٦٦) تعصيب ابن الابن الأدنى لمن أعلى منه من بنات الابن هو قول المتقدمين من فقهاء الحنفية . وقال بعض المتأخرين لا يعصب الأسفل العليا قياسا على البنت مع ابن ابن ، فإنه لا يعصبها قط ، فكذلك بنت الابن مع ابن ابن الابن .

(٦٧) هذا المسلك ، وهو ان الابن يحجب كل أولاد الابن والبنت لا تحجبهن ، بل يأخذن منها إما السدس وإما الباقى للذكر مثل حظ الانثيين هو مسلك الجمهور ، اما الشيعة الإمامية فإن البنت عندهم تحجب أولاد الابن ، لأنها من الطبقة الأولى . وأولاد الابن من الثانية ولا يأخذ أحد من الطبقة الثانية ما بقى واحد من الأولى ، وعلى ذلك تأخذ عندهم البنت النصف فرضا ، والباقى ردا ، ولا شىء لمن يعصبها .

ميراث الأخوات الشقيقات

١٠٦ — تسمى الإخوة الأشقاء والأخوات أولاد الأعنان لقوة قرابتهم من الميت ، لأنهم يشتركون معه فى الأب والأم ، فكأنهم من ذاته وعينه ، ونتكلم هنا عن أحوال الأخوات ، ونذكر ما يتصل بها من أحوال الإخوة •

وأحوال الأخوات الشقيقات خمس على ما يذكره الفرضيون •

أولاها — أن تأخذ الواحدة منهن النصف ، وذلك إذا انفردت ، ولم يكن ثمة من يحجبها ، وثبت ذلك الفرض بالنص القرآنى ، وهو قوله تعالى :

« يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » ، فالفقرة الأولى من الآية الكريمة تدل على حكم هذه الحال وهى النصف ، وقد اتفق العلماء أن الكلالة هنا تشمل الأشقاء ولأب ، ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ، لأن قوله تعالى : « إن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت » إلخ • خاصة بأولاد الأم كما فسر الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم •

الحالة الثانية — أن الأكثر من واحدة يأخذن الثلثين كما ورد فى الآية الكريمة ، بيد أن الآية قد تعرضت لحكم الاثنتين • ولم تبين الأكثر من اثنتين ، ونقول أنه قد فهم من الآية التى تبين نصيب الأولاد ، وهى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » لأنه إذا كانت البنات اثنتين فأكثر وقرابتهن بالمتوفى أكثر من الأخوات لا يأخذن إلا الثلثين ، فبالأولى الأخوات الشقيقات لا يأخذن قط أكثر من الثلثين •

ومن هذا يتبين أن آية الأخوات حذف منها ما يفهم ضمنا من آية البنات ، وآية البنات حذف منها ما يفهم من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز الوافى •

الحال الثالثة — أن يكون مع الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات أخ

شقيق . فيكون لهن معه الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، أى أنهن يصرن عصبة به ؛ وهـذا هو ما جاءت به الفقرة الثانية من الآية الكريمة التى تلوناها .

الحال الرابعة ــ أن تكون الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات عصبة مع الغير ، وذلك يكون إذا كان ثمـة أخت شقيقة أو أخوات شقيقات ، وليس معهن أخ شقيق . وكان الميت قـد ترك فرعا وارثا مؤنثا ، فإن الفرع الوارث يأخـذ فرضه ، والأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات يأخـذن الباقى على أنهم عصبة . فإذا كان المتوفى قـد ترك بنتا . وبنت ابن ، وأختا شقيقة . فإن البنت تأخـذ النصف وبنت الابن تأخـذ السدس على ما قـدمنا ، والأخت الشقيقة تأخـذ الباقى ، وإن كان مكانها أخوات شقيقات اشتركن فيه ، وهـذا ما افتى به عبد الله بن مسعود ، وقال إنه قضـاء رسول الله صلى الله عليه وسـلم(٦٨) .

وفى هـذه الحال تعتبر الأخت الشقيقة كأنها أخ شقيق من كل الوجوه . فتشترك مع الجـد فى التعصيب على ما سنبين فى أحوال الجـد ، وتحجب الأخ لأب كما لـو كان هناك أخ شـقيق . وكذلك تحجب الأخت لأب ، وابن الأخ الشقيق . وهكذا سائر العصبات من بعـد .

الحال الخامسة ــ من أحوال الشقيقات أن يحجبن حجب حرمان . ويحجبهن

---

(٦٨) خالف مذهب ابن مسعود الذى اختاره الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء ــ الشيعة الإمامية والظاهرية ، فأما الإمامية ، فلانهم يعتبرون البنت كالابن ، ولا يرث الإخوة ما دام هناك فروع للميت وذلك بناء على قاعـدتهم التى ذكرناها آنفا ، من إن البنت كالابن على سواء وأن الفروع مقـدمون على الحواشى .

وأما الظاهرية فقـد أخـذوا بفتوى عبد الله بن عباس التى تقول أن الأخت شقيقة أو لأب لا تكون عصبة بانفرادها قط ، لأن شرط ميراث الأخوات المنفردات الا يكون ولد ، لقوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهـو يرثها إن لم يكن لهـا ولد » فاستحقاقها إنما يكون إن لم يكن ولد لا مذكر ولا مؤنث ، ولقـد جاء فى المبسوط عن أبى مسلمة بن عبد الرحمن قال : سالت ابن عباس رضى الله عنه عن فريضة ابنة . واخت فقال : للابنة النصف . ولا شيء للأخت ، فقلت قـد كان عمر رضى الله عنه يقول للابنة النصف وللأخت ما بقى ، فغضب وقال : أانتم اعلم أم الله ، قال الله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت » وترى من هـذا ان ابن عباس يفسر الولد بمـا يشمل الذكر والأنثى ، والجمهور يفسرونه بالابن لمـا رواه ابن مسعود ، ومثله رواه معاذ ، وبمثله كان يقضى عمر من غير نكير من احـد .

الأب ، والفرع المذكر بالاتفاق ، أما الأب فلأنهن يدلين به ، ومن المقرر فقهـا أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، ولم يستثن من هذه القاعـدة آلا أولاد الأم ، لأنهم يرثون مع وجود الأم . مع أنهم يدلون إلى الميت عن طريقها ، وكان الاستثناء لعموم نص الآية ولإجماع فقهاء المسلمين على ذلك بعـد إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ، وتكرر قضاء عمر رضى الله عنه بذلك من غير نكير من أحـد •

وأما حجب الفرع المذكور للأخوات الشقيقات والإخوة : فلأن القرآن الكريم فى النص الذى أثبت ميراثهم : قيده بألا يكون له ولد ، وفسروه بكونه مقصوراً على الفرع من الذكور المنسوب للمتوفى - وبأن يكون الميراث فى حـال الكلالة . وذلك إذا لم يكن فرع وارث ولا أب •

واختلف العلماء فى حجب الجـد للإخوة الأشقاء . والأخوات الشقيقات ، فقال أبو حنيفة أنه يحجبهم ، لأن شرط ميراث الإخوة أن يكون ميراث كلالة ، والكلالة من ليس له أصل مذكر ولا فرع ، لأن الجـد أب عند عـدم وجود الأب ؛ ولأن قضاء كثير من الصحابة على ذلك - وكان العمل قبل قانون المواريث على ذلك الرأى •

وقال الصاحبان مع جمهور الفقهاء أن الجـد لا يحجب الشقيقات والأشقاء . ولا الإخوة لأب ، لأنه لا يدخل فى الكلالة ، ولأن الأكثرين من الصحابة كانوا يورثون الأشقاء ولأب معه ، وسنبين ذلك الموضوع كاملا عند الكلام فى ميراث الجـد ، كما سنبين عند ذلك ما عليه العمل •

١٠٧ ـ وهناك حالتان لا ترث فيهما الأخت بمقتضى الأحكام السابقة مع أنه لا حجب ، أى لا يوجـد أب ولا فرع مذكر ، وهاتان الحالتان هما :

١ ـ إذا كانت عصبة بالغير أو مع الغير الفرع الوارث ، واستغرقت الفروض التركة كلها ، ولم يبق للعصبة شىء ؛ لأخـذ الفرع الوارث الثلثين مع فرائض أخرى واستغراق التركة كلها • وذلك كأن يترك المتوفى زوجا وبنتين ، وأما وأختا شقيقة ، فإن البنتين تأخـذان الثلثين ، والزوج يأخـذ الربع ، والأم تأخـذ السدس ، فتكون المسألة عائلة[٦٩] ، ولا يبقى شىء للعصبة ، فلا تستحق شيئا ، ولو كان معها أخ شقيق يعصبها •

---

(٦٩) المسألة العائلة هى التى تزيد فيها انصبة أصحاب الفروض على الواحـد الصحيح ، كأن يكون هناك زوج وأم ، واربع اخوات شقيقات ، فإن الزوج يستحق =

والثانية — ألا يكون هناك فرع وارث ، ولكنها عصبة بأخيها أو إخوتها ، واستغرقت الفروض التركة . مثالها ان يكون أخ شقيق ، وأخت شقيقة ، وأخوان لأم ، وأم ، وزوج ، فإنه فى هذه الحال يكون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، ولا يبقى شىء للأخت الشقيقة وأخيها ، لاستغراق الفروض للتركة كلها .

وفى المذهب الحنفى لا تأخذ الأخت ولا أخوها شيئا فى هذا الحال ، وكان هذا هو المعمول به قبل قانون الميراث ، فلما جاء ذلك القانون اختار الرأى الآخر ، وهو أن الإخوة الأشقاء يأخذون مع الإخوة لأم باعتبار أن الجميع من أولاد الأم ، إذا لم يستحق الأشقاء شيئا بالتعصيب ، وفى هذه الحال يشترك أولاد الأم فى الثلث ، على أن يكون الذكر مساويا للأنثى ، كما هو الشأن فى ميراث أولاد الأم ، ففى الصورة السابقة يقسم الثلث بين أربعة ، بدل أن يقسم بين اثنين ، وتكون القسمة متساوية .

ويلاحظ أن هذه المسألة وتسمى المشتركة التى يلغى فيها اعتبار الأب بالنسبة للأشقاء ، ويأخذون كأولاد الأم يجب لتحققها توافر أمرين :

(أحدهما) ألا يكون ميراث الأشقاء بالفرض ، بل بالتعصيب ، لأنه لا يتحقق عدم الأخذ إلا بذلك ، وتثبت ولو كان العصبة أشقاء فقط ، وليس فيهم شقيقة ، ويكون استحقاقهم فى هذه الحال على وجه أنهم من أصحاب الفروض ، وإن لم يعدوا من بينهم ، لأنهم يرثون كإخوة لأم .

(وثانيهما) ألا يستحق الأشقاء شيئا قط ، فلو كانوا يستحقون شيئا ولو قليلا فإنهم لا يأخذون شيئا بوصف كونهم إخوة لأم ، ولو كان هؤلاء يأخذون أكثر منهم .

١٠٨ — والخلاف بشأن المسألة المشتركة مشهور بين الصحابة وبين التابعين ، ومن جاء بعدهم من الفقهاء المجتهدين ، ولقد قضى عمر رضى الله

= النصف والأم السدس ، والأخوات يأخذن الثلثين ، فلو فرض أن أصل المسألة (٦) وهو المضاعف البسيط بين مقامات الكسور يكون للزوج ثلاثة أسهم وللأم سهم وللأخوات أربع ، فتعول المسألة إلى ثمانية ، وحينئذ تقسم التركة على عدد السهام العائلة ولا تقسم على أصل المسألة ، فينقص من نصيب كل وارث بمقدار عدد السهام الزائدة .

عنه فيها قضاءين مختلفين ، فقضى أولا بعـدم إعطاء الأشقاء شيئا . وقضى ثانيا ، بإعطائهم كأولاد الأم ؛ وألغى اعتبار الأب ؛ وهـذا آخر قضائه ؛ ويعـد رجـوعا عن الأول ؛ ولهـذا نقول أن رأى عمر هـو اعتبار الأشقاء فى هـذه المسألة كأولاد الأم .

ولقـد روى عن ابن مسعود كذلك روايتان . أظهرهما نفى التشريك بين الأشقاء وأولاد الأم .

وإن رأى أبى حنيفة وأصحابه وأحمد هـو نفى التشريك ومذهب مالك والشافعى إثبات هـذه الشركة بين الأشقاء وأولاد الأم .

وحجة الرأى الأول أن أعطى كل ذى حق حقه ؛ وجعل لكل فرض سببا ووصفا ثابتا ، ولا يصح إعطاء فرض لمن لا يقوم به سببه ، ولا يتحقق فيـه وصفه . فجعل الثلث الذى فرض للإخوة لأم لهم وللأشقاء معهم مخالف لمـا نص عليه القرآن . لعـدم تحقق السبب الذى جعل أساسا للفرض . ولأنه لأجل إعطائهم كأولاد يجب آلغاء اعتباره قرابة الأب . وإلغاء القرابة الثابتة لا يتفق مع الحقائق الشرعية ، ولأن نقلهم من الميراث بالتعصيب إلى الميراث بالفرض نقل من الأقوى إلى الأضعف ؛ وذلك ليس بمعروف فى الشرع ؛ ولذلك لم يمكن إشراك الإخوة لأب عند عـدم بقاء شىء لهم وأخـذ أولاد الأم مع أن قرابتهم أقوى ؛ فيكون مثلهم الأشقاء ، والأن الإعطاء يكون بنص ولا نص وحسب هـذا الرأى أنه أظهر الروايتين ، عن ابن مسعود ، وأن عمر أخـذ به زمانا ؛ وأنه إحـدى الروايتين عن زيد .

وحجة الرأى الثانى أن الأشقاء لهم صفتان : إحـداهما أنهم أولاد الأم ؛ والثانية أنهم أولاد الأب ؛ وباعتبار الثانى كانوا عصبة ؛ وغلب على الاعتبار الأول لأنه الأقوى ، والأضعف يذهب اعتباره بجوار الأقوى ؛ ولكن لمـا لم يبق شىء باعتبار التعصيب ، صار هـو الأضعف عملا . فغلب عليه الجانب الآخر ، لأنه صار الأقوى ، ولا يقاس على الأشقاء الإخوة لأب . لأنهم ليس لهم إلا وصف واحـد ؛ فإذا لم يعطهم شيئا فلا سبيل لأن يأخذوا بأى طريق آخر ، إذ لا يعـدون بحال من الأحوال من أولاد الأم .

ولا شك أن الرأى الثانى أقـوى دليلا وهـو أشبه بالاستحسان ، والأول أشبه بالقياس . إذ أن القياس الظاهر أدى إلى ألا يأخـذ أولاد الأب شيئا ،

وهــذه نتيجة بلا شك لا تحسن فى نظر الناس ، وفى المنطق الشرعى ، فأعمــل القياس الخفى ، وهو الوصف المشترك بينهم وبين أولاد الأم ، فورثوا بهــذا الاعتبار ، وليس لأحــد أن يجادل فى تحقق هــذا الوصف •

مــيراث الأخــوات لأب

١٠٩ — لأجــل أن يعرف ميراث الأخوات لأب مــع دليله والأصل الذى يقوم عليه ميراثهم نذكر ثلاثة أمور تبين الأساس الذى قام عليه ميراثهن •

أولها — أن قوله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » — ينطبق على الأخوات لأب ، كما ينطبق على الأخوات الشقيقات ، ولكن عند التطبيق يقدم الأشقاء لقــوة القــرابة •

ثانيها — أن الإجماع قــد انعقد فى عصر الصحابة ومن جاء بعــدهم على أن الإخوة لأب ، والأخوات لا يأخــذون شيئا ما دام ثمة أخ شقيق ، وأنهم فى حال عــدم وجود الأشقاء يكون شأنهم فى الميراث ، كشأن الأشقاء عند وجودهم . وقــد حكى ذلك الإجماع الإمام مالك رضى الله عنه ، فقد قال فى الموطــأ :

الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن أحد من بنى الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء ذكرهم كذكرهم ، وأنثاهم كأنثاهم إلا أنهم لا يشركون مع بنى الأم فى الفريضة التى شركهم فيها بنو الأب والأم . لأنهم خرجوا من ولادة الأم •

ثالثها — أن الأخوات لأب هن بالنسبة للأخت الشقيقة بمنزلة بنت الابن مع البنت الصلبية ، أى أن الأخت لأب لا تأخــذ السدس تكملة للثلثين ، إذا كانت أخت شقيقة منفردة استحقت النصف ، وأن الأخ الشقيق يحجبهن كما يحجب الابن بنات الابن ، وأنهن لا يأخــذن شيئا إذا كانت ثمــة أخوات شقيقات أخــذن الثلثين كما لا تأخــذ بنت الابن شيئا إذا كان معها بنتان أو أكثر ، إلا إذا كان معها من تكون عصبة به •

١١٠ — وعلى هـذا تكون أحـوال الأخت لأب ستا ، هى :

الحالة الأولى — أن تأخـذ النصف إذا انفردت ، ولم تكن ثمه أخت شقيقه ، ولم يكن من يحجبها ، وذلك لأنها قائمه فى هـذه الحالة مقام الأخت الشقيقة ، وقـد علمت أن الإجماع قـد انعقد على أن أولاد الأب إذا لم يوجـد الشقيقات يكونون كالأشقاء ، ذكورهم وإناثهم •

الحالة الثانية — أن يأخـذ الأكثر من واحـدة الثلثين إذا لم يوجـد أيضا أخوات شقيقات ، ولا من تحجبهن لسبب السابق ، والدليل الذى سقناه فى صـدر كلامنا ، وهـو النص القرآنى ، فهو ينطبق على أولاد الأب كما ينطبق على الأشـقاء •

الحالة الثالثة — أن تكون الأخوات لأب عصبه بالغير مـع الأخ لأب(٧٠) للإجماع الثابت الذى حكاه الإمام مالك رضى الله عنه من أن الإخوة لاب تكون حالهن كحال الأشقاء إن لم يكن اشقاء ، وهى تأخـذ معـه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو كانت هناك اخت شقيقة أو أخوات شقيقات أخـذن فرضهن ، ولو كان هناك أخ شقيق لحجبهن جميعا ، إذ يكون بمنزلة الابن مع ابن الابن •

الحال الرابعة — أن تكون عصبة مع الغير ، وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، بنت أو بنت ابن ، أوهما معا ، فإن الفرع الوارث المؤنث ياخـد فرضه مع أصحاب الفروض إن كان ، والباقى يكون للأخت أو الأخوات لأب وشرط هـذه الحال الا تكون أخت شقيقة ، وألا يكون أخ لأب ، لأنه لو كان تكون عصبة به ، ولا تكون عصبة مع الغير •

الحال الخامسة — أن تأخـذ السدس تكملة للثلثين ، وذلك إذا كان ثمـة

---

(٧٠) هـذا هو ما عينه جمهور الفقهاء ، وكان عليه جمهور التابعين ، وجمهور الصحابة قبلهم ، وقـد خالف فيه ابن مسعود كما خالف فى تعصيب ابن الابن لبنت الابن ، فجعل نصيب الاخوات لأب مع الأخ لاب عند وجود الاخت الشقيقة اقل النصيبين السدس أو التعصيب ، فإذا كان الأول هو الأقـل اخـذنه ، وإلا فالثانى ، وإن كان هناك اختان شقيقتان أو اكثر قـد اخـذن الثلثين ، فإنه لا تأخـذ الأخت لأب شيئا ، ولو كان معها اخ لاب ، لأن نظرية ابن مسعود فى تعصيب الذكر للأنثى لمنع زيادتها عنه أو مساواتها له ، وليس لفائدة الانثى ، ولذلك لا يحسن حالها بوجوده ، بل قـد تسوء ، وقـد وجهنا ذلك عند بيان رايه فى بنات ابن مع ابن الابن •

أخت شقيقة استحقت النصف . فتأخذ الأخت لأب أو الأخوات لأب السدس تكملة الثلثين . لأن الأخوات نصيبهن الثلثان ، فإذا استحقت منه الأخت الواحدة النصف فإن السدس تأخذه الأخت لأب ، ليستوفى الأخوات ما فرض لهن ، وقياسا على بنات الابن مع البنت . وقد ثبت ميراث بنات الابن السدس تكملة للثلثين بالأثر الذى قال فيه ابن مسعود أنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الحال السادسة — وهى الأخيرة ان يحجبن ؛ ويحجبهن من يأتى :

(أ) الأب . لأنهن يدلين به ؛ ومن المقرر أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث إلا أولاد الأم على ما قررنا فى موضعه .

(ب) الفرع الذكر . لأن ميراثهن على وجه أن المتوفى مات كلالة ، وذلك يقتضى أنهن لا يرثن مع وجود الفرع الذكر مطلقا ، لأنه لا يعتبر الميت مع وجوده كلاله مطلقا .

(جـ) الأخ الشقيق لأن الأخ الشقيق لهن بمنزلة الابن لبنات الابن . كما قررنا ؛ ومثل الأخ الشقيق الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير إذ تصير كالأخ الشقيق .

(د) الأختان الشقيقتان إذا استغرقن الثلثين ، ولم يكن مع الأخت لأب من يعصبها : فإنها فى هذه الحال لا تأخذ فرضا ، ولا تأخذ تعصيبا ، لاستغراق الأخوات الشقيقات الثلثين . وعدم وجود أخ تكون عصبة به ، فتكون محجوبة . أو فى حكم المحجوبة .

هذا ويلاحظ أنه عندما تكون الأخت لأب عصبة مع الغير تكون كالأخ لأب ، فتحجب من يليها من العصبات ، كما يحجب الأخ لأب من يليه كذلك ، وذلك بالقياس على الأخت الشقيقة . عندما تكون عصبة مع الغير(٧١) .

---

(٧١) قد بينت ميراث الأخوات الأشقاء والأخوات لأب فى غير حال التعصيب المادة (١٣) وهذا نصها :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللاثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) وللأخوات لأب فرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو اكثر السدس مع الأخت الشقيقة . هذا نص المادة ١٣ وقد تركت حال التعصيب بالغير ومع الغير للمادة ١٩ ، ٢٠ . وتركت حالات الحجب لمواد الحجب .

ميراث الأب

١١١ — الأب قد يكون عصبة بنفسه ؛ وقد يكون صاحب فرض . ولقد بينا أصحاب الفروض السابقين قبله ؛ لأن بعضهم أصحاب فروض فقط ؛ وبعضهم قد يعرض لهم التعصيب ؛ ولكن لا بأنفسهم بل بغيرهم أو مع غيرهم . فالأصل فى أنصبتهم الفرضية ، أما الأب فإن التعصيب لا يكون عارضا له ، بل هو ثابت له بالابتداء ، كما يثبت له الفرض بابتداء ؛ ولكل حال . وقد يجتمعان فيرث بالفرض ؛ والتعصيب معا .

والأصل فى ميراثه هو والأم قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ؛ فإن لم يكن له ولد . وورثه أبواه فلأمه الثلث . فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولم يذكر فى هذا المقام نصيب الأب ، فاقتضى أن يكون له الباقى بعد أخذ الأم نصيبها هى ومن يكون معها من أصحاب الفروض كأحد الزوجين وقد تبين أنه عندما يكون أولاد يكون للأب والأم كل واحد منهما السدس ، وعلى هذا الأصل يكون للأب ثلاث أحوال .

الحال الأولى — أن يستحق فرض السدس فقط . وذلك إذا كان هناك فرع وارث مذكر . وهذا ثابت من الجزء الأول من النص الكريم السابق ففيه التصريح بأنه إذا كان هناك ولد يكون لكل واحد من الأب والأم السدس . وما دام الولد ابنا . فانه سيكون العصبة . وعلى ذلك لا يستحق الأب شيئا بالتعصيب .

الحال الثانية — أن يستحق بالتعصيب فقط . وذلك إذا لم يكن هناك فرع وارث مطلقا ، لا مذكر ، ولا مؤنث ، وهذا ينطبق عليه الجزء الثانى من النص الشريف الذى تلوناه آنفا . وهو « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فإن التصريح بنصيب الأم يفيد أن الباقى للأب ؛ وقد ذكر أنه وارث فلا يرث سواه .

الحالة الثالثة — أن يأخذ بالفرض والتعصيب معا ، فيأخذ السدس فرضا ويأخذ الباقى لأنه عصبة ؛ وذلك عند وجود الفرع الوارث المؤنث ؛ أما استحقاقه السدس فلقوله تعالى بعد بيان نصيب الأولاد ذكورا وإناثا « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » فإنه أعطاه السدس عند وجود الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا ، ولكن عند وجود الذكور لا يستحق سوى السدس ، لأن

الباقى سيكون لذلك الذكر مع من يتعصب به من البنات ، وأما عند وجود البنات من غير ابن ذكر ، فإنه سيأخذ السدس ؛ ولا أحد يأخذ الباقى أولى منه . فيأخذ الباقى لذلك الاعتبار لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » والأولى عند عدم وجود فرع وارث مذكر ، هو الأب . لما سنبين من أن الذين يلون جهة الفروع فى التعصيب هم جهة الأصول وأولهم الأب - إذ كل من يكون عصبة منهم يكون هو طريقه .

هذا ويلاحظ أنه فى الحال الأخيرة ربما لا يكون باق ، فيقتصر على السدس كأن يكون هناك زوجة ، وبنتان وأم وأب ؛ فإن الزوجة ستأخذ الثمن ، وللأم السدس ؛ ومثلها الأب - وللبنتين الثلثان ، ولا يبقى بعد هذه الفرائض شىء من التركة ، بل إن المسألة تكون عائلة ؛ أى زادت السهام فيها عن أصل التركة ، أو بعبارة أوضح زاد مجموع الكسور عن الواحد الصحيح .

ويلاحظ أيضا أن الأب - كالأم والأولاد الصلبيين والزوجين — لا يحجب حجب حرمان قط ، ولكنه يحجب غيره ، فكل الإخوة والأخوات يحجبون به أيا كانوا ، كما يحجب كل من يدلى إلى الميت بطريقه ، كأبى الأب ، وأم الأب وهكذا .

ميراث الأم

١١٢ — الأم لا تكون إلا صاحبة فرض ، ولا تكون عصبة قط ، لأنه لا يوجد من يعصبها ؛ ولقد أخرناها عن الأب لارتباطها باستحقاقه فى بعض أحوالها - كما سنبين ، والأصل فى ميراثها النص الشريف الذى تلوناه فى ميراث الأب ، وهو قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » إلخ الآية الكريمة ، وعلى ذلك تكون أحوال الأم ثلاثا :

أولاها — أن تأخذ السدس وذلك فى صورتين :

(آ) أن يكون هناك فرع وارث مطلقا سواء أكان ذكرا أم كان أنثى ، لصريح الآية التى تلوناها .

(ب) أن يكون هناك جمع من الإخوة أو الأخوات ، اثنان فأكثر ، لقوله تعالى : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » فصريح ذلك النص الكريم يفيد ذلك الاستحقاق ، وأقل الجمع كما هو مقرر هو اثنان ، والأم تستحق السدس

سواء أكان الأخوات لأب أو لأم ، أم أشقاء ، فإذا كان للمتوفى زوج ، وأم وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخذ النصف ، والأم السدس والأخوان لأم الثلث ، وإذا كان للمتوفى زوجة ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخ لأب وأخت لأب فإن الزوجة تأخذ الربع والأم السدس ، والأخت الشقيقة النصف ، والباقى للأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا فى كل الأحوال التى يكون فيها اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات ــ تستحق الأم فيها السدس •

الحال الثانية ــ من أحوال الأم : أن تأخذ ثلث التركة كلها فرضا ، وذلك إذا لم يكن للمتوفى فرع وارث : لا مذكر ولا مؤنث ، ولا جمع من الإخوة ولم ينحصر الإرث بينهما وبين الأب وأحد الزوجين ، واستحقاقها الثلث فى هذه الحال هو بنص الآية الكريمة : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فإذا كان للمتوفى أب وأم فقط فإن الأم تأخذ الثلث والأب يأخذ الباقى •

الحالة الثالثة ــ الا يكون جمع من الإخوة والأخوات ، ولا فرع وارث وينحصر الإرث بين الأب والأم وأحد الزوجين ، فإنه فى هذه الحال تأخذ الأم ثلث الباقى بعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه ، وتسمى هذه المسألة الغراوية لشهرتها ، ولها صورتان :

(أ) أن يكون فى المسألة زوج وأم وأب ، وترك تركة قدرها ١٢٠ ف مثلا فان الزوج يأخذ النصف ،والأم ثلث الباقى بعد النصف ، والأب يأخذ الباقى النهائى ، فيستحق الزوج ستين فدانا ، وتستحق الأم عشرين فدانا ، ويستحق الأب أربعين فدانا •

(ب) أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأب ، والتركة أيضا ١٢٠ ف مثلا ، فإن الزوجة فى هذه الحال تستحق الربع ، والأم تستحق ثلث الباقى بعد الربع والأب يستحق الباقى النهائى ، وعلى ذلك تأخذ الزوجه ثلاثين فدانا ، والأم ثلاثين مثلها ، والأب يأخذ ستين فدانا •

والأصل فى ثبوت هذه الحال هو قضاء سيدنا عمر رضى الله عنه الذى وافقه عليه جمع من الصحابة ، ومنهم زيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعثمان بن عفان وغيرهم ، وبهذا الرأى أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم •

١١٣ — وحجته أن المعهود فى أحكام الشرع الإسلامى أنه حيث تتساوى درجة الرجل والمرأة يكون نصيبها غالبا على النصف من نصيبه . ولا يتأتى ذلك إلا إذا أعطيت الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو أنها أخذت ثلث كل التركة . لأدى ذلك إلى أن يأخذ نصفها عندما يكون أحد الزوجين هو الزوج . فإن الزوج يأخذ النصف والأم على هذا الفرض تأخذ ثلث الكل ويكون الباقى هو السدس ، وذلك غير معقول ، ولم يعهد فى أحكام الشارع أن يكون الرجل نصف المرأة مع تساويهما فى القرابة ؛ وإن ذلك بلا ريب يؤدى إلى مخالفة نص الآية الكريمة ومعناها ، وذلك لأن الآية تجعل الميراث عندما يكون للأبوين على أساس الثلث للأم والثلثين للأب ؛ فكانت النسبة بينهما مقدرة على هذا الأساس . فالفرض الذى يؤدى إلى أن يكون هو نصفها يكون مناقضا لتقدير النسبة التى قدرها الله سبحانه وتعالى .

وعلى هذا الأساس نقرر أن إعطاء الأم ثلث الباقى هو الذى يتفق مع معنى النص الكريم . لأنه أعطاها الثلث . وأعطى الأب الباقى ، عندما لا يكون أحد الزوجين ، فإن كان أحد الزوجين . فإن النسبة التى قدرها المولى سبحانه هى التى تكون . ولا تتحقق تلك النسبة إلا إذا أعطينا الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، والأب الباقى النهائى .

١١٤ — هذا رأى الجمهور . وهذه حجته . وهناك رأيان آخران يخالفان رأى الجمهور .

أولهما — أن الأم لها ثلث التركة كلها ، ولو أدى ذلك إلى أن يأخذ الأب فى إحدى الصورتين نصفها . وهذا روى عن ابن عباس ، وروى عن على رضى الله عنه . وعن معاذ ؛ وأخذ به شريح القاضى ، واختاره الشيعة الإمامية والظاهرية ، وحجتهم أن النص الكريم ظاهر فى أنه إذا لم يكن فرع وارث . ولا جمع من الإخوة أو الاخوات يكون نصيبها الثلث ؛ ولا قياس مع ظاهر النص ، وإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أن تعطى الفرائض ، ثم يكون الباقى لأولى رجل ذكر . والذين قالوا أن لها ثلث الباقى ينتقصون من الفرائض ليكثروا من نصيب من لا يأخذ إلا بعد أن تؤخذ الفرائض كاملة .

وثانى الرأيين المخالفين — أن الأم تأخذ ثلث الكل إذا كان أحد الزوجين هو الزوجة ، وتأخذ ثلث الباقى إذا كان أحدهما هو الزوج ، وقد اختار

هـذا الرأى من التابعين ابن سيرين ، واختاره من الحنفية أبو بكر الأصم .

والأساس فى هـذا الرأى هو منع أن تأخـذ الأم ضعف الأب ، فحيث أدى أخـذها ثلث التركة كلها إلى أن تأخـذ ضعف الأب أنزلت من ثلث الكل إلى ثلث الباقى ، لأن هـذا يؤدى إلى معارضة معنى النص ، وحيث لا يؤدى أخـذت ثلث الكل الذى استحقه ، وهـذا فى الحقيقة وسط بين الرأيين ، أو هـو تلفيق حسن بينهما .

١١٥ ــ والأم لا تحجب حجب حرمان قط ، ولكنها تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس فى حال وجود الفرع الوارث ، أو جمع من الإخوة[٧٢] ولو كانوا محجوبين ؛ لأنه من المقرر ان المحجوب قـد يحجب غيره والمحروم لا يمكن أن يحجب غيره .

ويعتبر إعطاؤها ثلث الباقى بعـد فرض أحـد الزوجين بدلا من ثلث الكل حجبا أيضا ، وقـد علمت أنه يكون عند انحصار الإرث بين أحد الزوجين والأب والأم ، ولا ورثة من الفروع ، ولا جمع من الإخوة .

ويلاحظ أن ذلك لا يكون عند وجود الجـد بدل الأب ، فإن الأم مع الجـد تأخـذ ثلث التركة كلها ، ولا تأخـذ ثلث الباقى ، خلافا لأبى يوسف رضى الله عنه ، فقد جعل الجـد كالأب فى هـذا المقام ، وسنبين ذلك عند الكلام فى ميراث الجـد .

ميراث الجـد

١١٦ ــ المراد بالجـد هو الجـد الصحيح ، وهو الذى لا تتوسط بينه

---

(٧٢) روى عن ابن عباس بالنسبة لحجب الإخوة للأم أمران : (اولهما) أن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس لأن الاثنين عنده ليسا جمعا . والنص القرآنى عبر بالجمع ، وقـد احتج عليه بأن الاستعمال العربى يسوغ اطلاق اسم الجمع على الاثنين ، وقـد انعقد الإجماع على إرادة الاثنين فى ضمن الجمع فـلا يلتفت الى غيره .

(ثانيهما) أن الإخـوة إن كانوا محجوبين بالأب ، فإن السدس الذى نقصـوه من الثلث الذى حجبوا فيه الأم حجب نقصان لا يؤول إلى الأب ، بل يؤول إلى الإخوة انفسهم لأنه ليس من المعقول أن تنقص هى ويزيد هو بوجودهم ، وروى عنه انه ان كان الإخوة لأم أخـذوا الذى حجبوا عنه الأم لانه لا يصح ان يستفيد الأب من وجودهم . ولا صلة تربطهم به ، وإن كان الإخوة اشقاء أو لأب ، فإن الأب يؤول إليه السدس الذى حجبوا عنه الأم .

وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجته ، ويقابله الجـد الفاسد . وهـو الذى تتوسط بينه وبين الميت أنثى •

والجـد الصحيح ينزل منزله الأب عند فقـده فى كثير من الأحكام الشرعية عند عـدم وجود الأب بالنسبة لأحفاده • فهو كالأب من حيث الولاية على النفس ومن حيث الولاية المـالية ، كالأب فى انه لا يقتل بولد ولده . وفى أن حليله كل من الجانبين تحرم على الآخر . وفى عـدم قبول الشهادة له ، وفى انه لا يجوز دفـع الزكاة إليـه •

فكان هـذا الاشتراك فى أحكام كثيرة سببا فى اعتباره كالأب فى الميراث ، غير ان جمهرة اقوال الفقهاء تدل على انه ليس فى قوته ، لأن الأب هو طريقه فى الإدلاء إلى المتوفى . فهو يستمد منه القوة فى الاتصال بالميت . وهو الاصل . والجـد ملحق به . ولا يتساويان ، ولذلك افترقت أحكام قليلة للجـد عن الأب ، وكان كثير من هـذه الأحكام موضع خلاف بين الفقهاء ، وبعض مواضع هـذا الخلاف اختار فيه قانون الميراث ما يخالف المذهب الحنفى •

ونبين ما جاء به القانون . ثم نبين بعـد ذلك فقه الموضوع ، ليعلم المصدر الفقهى للقانون •

١١٧ ــ الجـد إما أن يكون معه إخوة وأخوات . أشقاء أو لأب وإما الا يكون معه أحـد من هؤلاء •

فإن لم يكن معه أحـد من هؤلاء الإخوة أو الأخوات . فإنه يكون له ثلاث من الأحوال التى هى للأب تماما ، فلا تكون ثمة مخالفة بينهما فى هـذا الجزء من التـوريث •

أولاها ــ أن يكون فرضه السدس ، وذلك إذا كان للميت فرع وارث مذكر ، فإنه يكون الفرع عصبة ، إذ هو أولى رجل ذكر . وأقرب رجل إلى المتوفى ، فلا يأخـذ الجـد الفرض وهـو السدس •

وثانيتها ــ أن يكون هناك عصبة يأخـذ الباقى إذا لم يكن فرع وارث مطلقا لا مذكر ولا مؤنث . لأنه فى هـذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيأخـذ الباقى لكونه عصبة •

والحال الثالثة ــ أن يأخـذ السدس فرضا ، والباقى تعصيبا ، وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، فيأخـذ السدس باعتباره صاحب فرض مع الفرع المؤنث ، ويأخـذ الباقى باعتباره أولى رجل •

١١٨ — والأصل الذى ثبت به ميراثه فى هــذه الأحوال قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحــد منهما الثلث مما ترك إن كان له ولد . فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » .. إلخ وقوله صلى الله عليه وسلم « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » .

وهو يسمى أبا مجازا عند عــدم وجود الأب الحقيقى ؛ ولذلك ينطبق عليه النص الكريم ، وهــو فى حال التعصيب أولى قريب ذكر . وأقربهم ؛ وبهــذا الوصف كان عصبة دون سواه ما دام لا إخوة أشقاء ولا أب .

ولم ينزله جمهور الفقهاء منزلة الأب فى المسألتين الغراويتين . لأن إعطاء الأم ثلث الباقى ؛ لكيلا تكون أكثر من الأب ، ولكى تحفظ النسبة بينهما ؛ وقــد تساوت درجتهما . والجــد لم تتساو درجته مع الأم قط ، ولقــد روى عن أبى يوسف فى الإملاء أن للأم ثلث الباقى مع الجــد فى الموضع الذى يكون لها فيه ثلث الباقى مع الأب ، وقــد نسب ذلك القول إلى عبد الله بن مسعود . وحجة تلك الرواية أن الجــد كالأب بالنسبة للأم ، وهــو أب عند فقــده . وقــد كانت تستحق مــع الأب ثلث الباقى فى الغراوية فتستحق معــه ذلك الثلث أيضــا(٧٣) .

١١٩ — هــذه أحوال الجــد الثلاث إذا لم يكن معــه أشقاء ولا لأب ذكورا كانوا أو إناثا ، أما إذا كان معه هؤلاء ، فبمقتضى القانون القائم المعمول به لا يغير أبو الأب فى أنصبتهم شيئا ، فلا يحجبهم ، ولا يغير حالهم - بشرط ألا يؤدى ذلك إلى أن يأخــذ أقل من السدس ، فإن أخــذ أقل من السدس أعطى السدس .

وعلى ذلك إذا كان هناك أخوات شقيقات أو لأب يأخــذن بالفرض أخــذن فروضهن مع غيرهن من أصحاب الفروض ؛ وما بقى فهو لأبى الأب بشرط ألا يقــل عن السدس ، فإن قــل أخــذ السدس ، وإذا كان الإخوة أو الأخوات عصبة كان عصبة مع العصبة منهم كأخ ، إلا إذا أدى أخــذه كأخ إلى نقص نصيبه عن السدس ، فإنه يأخــذ السدس ، والباقى يكون للعصبة منهم ، إن كان قــد بقى شىء بعــده ، ولنضرب عــدة أمثلة توضح ذلك .

---

(٧٣) قــد روى عن عبد الله بن عباس انه إن كان جــد وزوجة وأم اخــذت ثلث التركة ، وان كان جــد وزوج وأم اخــذ الزوج النصف ، والنصف الآخر كان بينهما مناصفة وذلك لكيلا تزيد الأم عن الجــد ، ونصرته للميت كانت أقوى من نصرتها .

(أ) إذا توفى شخص عن جـد ، وأم ، وأخت شقيقة ، فإن الأم تأخـذ الثلث ، والأخت تأخـذ النصف ، والباقى يكون للجـد ، وهو السدس .

(ب) إذا توفى عن جـد ، وأخت لأب ، فإن الأخت تأخـذ النصف ، والجد يأخـذ البـاقى .

(جـ) إذا توفى عن جـد صحيح ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فإن الأم تأخـذ السدس ، والأخت الشقيقة تأخـذ النصف ، والأخت لأب تأخـذ السدس تكملة للثلثين ، والباقى يأخـذه الجـد ، وهو السدس .

وفى هـذه الصور الثلاث لا نراه قـد قل عن السدس فى التعصيب .

(د) وإذا كان جـد ، وبنت ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب فإن البنت تأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تكون عصبة لوجود الفرع الوارث المؤنث ، فيكون الجد معها كأخ شقيق ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، والأخت لأب محجوبة بالأخت الشقيقة ، لأنها لما كانت عصبة مع الفرع الوارث صارت كأخ شقيق فتحجب الأخت لأب ، والجـد هنا سيكون نصيبه الثلث ، فهو لا يقل عن السدس .

(هـ) إذا كان جـد ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخ لأب وأخت لأب ، فإن الأم تأخـذ السدس و الأخت الشقيقة تأخـذ النصف ، والأخ لأب وأخته عصبة فلو كان الجـد عصبة معهم يكون نصيبه أقـل من السدس ، إذ سيكون الثلث مقسوما على خمسة ، اثنان منه للجـد ، وهما أقـل من السدس ، فيعطى السدس ، والباقى يكون بين الأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين .

(و) وإذا كان قـد توفى عن زوجة ، وبنتين ، وأم ، وأخت شقيقة ، فإنه فى هـذه الحال يكون للزوجة الثمن ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس ، ولـو أخـذ الجـد بالتعصيب مع الأخت الشقيقة فإنه يأخـذ أقـل من السدس ، فيأخـذ السدس وتكون الأخت عصبة وحـدها ، ولكن لا يبقى لها شىء .

(ز) وإذا كان قـد توفى عن زوجة ، وأم ، وأختين لأب وجـد ، فإن الزوجة تأخـذ الربع ، والأم السدس ، والأختين الثلثين ، فإن كان سيأخـذ بالتعصيب فإنه لا يأخـذ شيئا ، لأنه لا يبقى شىء ، فيكون له السدس .

هـذه أمثلة موضحة بين أحوال الجـد مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويلاحظ أن المحجوب من الإخوة قبل الجد يستمر محجوبا ولا يكون له شأن فى التقسيم .

١٢٠ — هـذا هو القانون شرحناه ، وضربنا له الأمثال ، وقبل أن نتجه إلى فقه الموضوع نقرر أن الجـد إنما تكون له هـذه الأحوال إذا لم يكن أب فإن كان أب فإنه لا يستحق شيئا ، بل يحجب به حجب حرمان لأنه من المقرر شرعا أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث والجـد يدلى إلى الميت بطريق الأب ، فيحجب عند وجوده ، ولأنه أب مجازا ، فلا يستحق شيئا عند وجود الأب الحقيقى ، وكذلك يحجب الجـد القريب الجـد البعيد ، فأبو الأب يحجب أبا أبى الأب ، لأنه يتصـل بالميت عن طريقـه كما قـررنا[٧٤] .

هـذا ما اختاره القانون بالنسبة لميراث الجـد مع الأشقاء أو لأب اختار الا يحجبهم ، وألا تتغير حالهم التى كانت لو لم يكن ، فالمحجوب منهم يستمر محجوبا من غير أن يدخل فى القسمة ، والوارث يأخـذ ما كان يأخـذه لو لم يكن إن كان صاحب فرض ، وإن كان عصبة اشترك مع الجد فى التعصيب بشرط ألا يقل الجـد فى الحالين عن السدس .

١٢١ — ولقـد كان المعمول به قبل ذلك مذهب أبى حنيفة ، وهو أن الجـد يحجب الأشقاء ولأب ، كالأب على سواء من غير فرق بين الذكر والأنثى وهـذا أحـد مذاهب ثلاثة فى الجـد ، ولكى يكون القارىء على علم بالموضوع نذكر هـذه المذاهب الثلاثة ، ونبين ما أخـذه القانون منها .

---

(٧٤) فرض الجـد والأب اشتملت على بيـانه المـادة — ٩ — وهـذا نصها : « مـع مراعاة احكام المـادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجـد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل ، والجـد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت انثى ، ولـه فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة .

وقـد بينت المـادة — ٢١ — حكم الأب او الجـد إذا كان مع الجـد فرع وارث مؤنث وهـذا نصها : « إذا اجتمع الأب او الجـد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل يأخـذ ابوها السدس فرضا والباقى بطريق التعصيب » .

وقـد بينت المـادة — ٢٢ — ميراث الجـد مع الإخوة ، وهـذا نصها : « إذا اجتمع الجـد مع الإخوة والأخوات لأبوين ، أو لأب كانت له حالتان : الأولى — أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط ، او ذكورا وإناثا ، او إناثا عصبن مـع الفرع الوارث من الإناث . — الثانية — ان يأخـذ الباقى بعـد اصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع الجـد اخوات لم يعصبن بالذكور او مع الفرع الوارث من الإناث ، على انه إذا كانت المقاسمة او الإرث بالتعصيب على الوجه المتقـدم تحرم الجـد من الإرث او تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة والأخوات لأب .

١٢٢ـ المذهب الأول هو أن الجـد يحجب الأشقاء ولأب : كما حجب أولاد الأم من غير خلاف فيهم ، وهـذا رأى أبى بكر وابن عباس والزبير وحذيفة وأبى سعيد الخـدرى . وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل . وأبى موسى الأشعرى • وقـد قال هـذا القول أبو حنيفة تبعا لهؤلاء ، وذلك لأن الجـد عند عـدم وجود الأب اب . ويطلق عليه اسم الأب لغـة ، وقـد وردت النصوص فى أحكام كثيرة بجعله كالأب . فهو يحجب الإخوة لأم . وهو يزوج القاصرين والقاصرات من أحفاده ، وله إدارة أموالهم من غير تعيين قاض ، ولا تقبل شهادته لهم ، ولا شهادتهم له . وإذا كان الجـد يعطى حكم الأب فى هـذه الأحكام ، فبالقياس عليها يكون كالأب فى الميراث ، ولأن ابن الابن أخـذ حكم الابن فى الميراث من كل الوجوه • ومنها حجب الأشقاء ولأب ، فكذلك الجـد يأخـذ حكم الأب ، ويحجب الإخوة والأخوات لأم ، وانما وجـدنا الجـد فى الميراث يأخـذ حكم الأب . تماما فيأخـذ السدس مع الفرع الوارث المذكر ، والسدس مع التعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، ويكون عصبة عند عـدم وجود فرع وارث أصلا وكان مقتضى القياس الفقهى ، وقـد أخـذ نصيب الأب فى كل أحـواله ، أن يحجب من كان يحجبه الأب ، لأن المقـدمات الفقهية تؤدى إلى ذلك ، وعدم الحكم بهـذا أخـذ للمقـدمة ، وترك لنتيجتها ، وذلك غير معقول فى بدائه العقـول •

هـذا هـو المذهب الأول . وذلك دليله، وهـو مبنى على اعتبار الجـد أبا عند فقد الأب ، وإعطائه كل أحكامه غير منقوصة •

١٢٣ ـ المذهب الثانى هـومذهب على بن أبى طالب . وهو أن الجـد لا يحجب الإخوة الأشقاء ، أو لأب . ويكون عصبة معهم ، إن كانوا ذكورا ، أو كانوا مختلطين ذكورا وإناثا، فإن كانوا إناثا فقط كان عصبة وأخـذوا فروضهن وإن كانوا محجوبين لأمر آخر استمروا على حجبهم ، ويكون كأخ للذكر مثل حظ الأنثيين . ولكن على شرط الا يقل نصيبه عن السدس ، فإن قـل نصيبه عن السدس أخـذ السدس ، وأخـذ الإخوة أو الأخوات الباقى ، والأساس فى ذلك أن درجة الجـد والإخوة درجة واحـدة ، لأن كليهما يتصل بالميت من جهة الأب وحده ، فالجد اتصل عن طريق الأب باعتباره أباه ، والإخوة اتصلوا عن طريقه باعتبارهم أولاده . فمقدار قرابتهم بالميت واحـدة ، ومقدار قوة هـذه القرابة واحـدة ، وعلى ذلك لا يحجب أحـد الطرفين الآخر ، لأنه لا أرجحية لأحدهما على الآخر ، فالقياس لا يسوغ الحجب ، ولا نص يدل على الحجب كالنص

بالنسبة للإخوة لأم ، ومن جهة أخرى فقرابة الجـد أقوى من قرابة أولاد الأم ؛ فصح أن يحجبهم النص ، ولقـوة القرابة ، إذ يدلى الجـد بالأب ، وهم يدلـون بالأم •

وإذا كان لا يحجبهم ، فإنه لا يغير من حالهم شيئا ، فإن كانوا ذكورا وإناثا استمروا عصبة وكان أخا مثلهم ، وكذلك إن كانوا ذكورا فإن كانوا إناثا أخذوا فرضهم إن كانوا أصحاب فروض ، وإن كانت عصبة مع الغير ، كالأخت مع البنت والجـد ، فإن الجـد يكون صاحب فرض ، لأن عليـا رضى الله عنه يرى أن الجـد لا يجمع الفرض والتعصيب ، وعلى ذلك تكون العصبة هى الأخت نفسها ، ومن مقتضى مذهب على أن الأشقاء إن كانوا قـد حجبوا الإخوة لأب ، فإن الأخيرين لا يدخلون فى المقاسمة ، لأنهم محجوبون قبله ، فلا يجعلهم وجوده وارثين قط •

هـذا ويلاحظ أن الجـد لا يصح فى أى صورة أن يقل عن السدس ، فإن قـل فى التعصيب عن السدس أخـذه ، لأن الأثر قـد ورد باستحقاقه السدس مع الابن ، فأولى أن يستحقه مع الإخوة ، لأن قرابة الابن أقوى من قرابتهم ، ومع ذلك لم يؤثر فيه ، إلا بتنقيصه إلى السدس ، فأولى الا ينقصه وجـود الإخـوة الأكثر منـه •

هـذا مذهب على رضى الله عنه ، ومثله مذهب ابن مسعود فى أحكامه ، بيد أنه اشترط ألا يقل الجـد عند المقاسمة بالتعصيب عن الثلث ، لأنه إن اجتمع مـع البنات وحـدهن لا يأخـذ أقل من الثلث ، فأولى أن يكون كذلك عندما يلتقى بالإخـوة •

١٢٤ ـ هـذا مذهب على وابن مسعود ، ومذهب زيد رضى الله عنه ، ومعه طائفـة كبيرة من الصحابة أساسه أيضـا أن الجـد لا يحجب الأشقاء ، ولا الأب لاتحاد الاثنين فى طريق الإدلاء كما بينا ، ويجعله عصبة معهم سـواء أكانوا ذكورا أو مختلطين أم كانوا إناثا فقط ، ويقاسمهم على أنه أخ بشرط ألا يقل عن الثلث ، ثلث الكل و ثلث الباقى على حسب الأحوال ، وخلاصة ذلك المذهب أنه يقاسم الإخوة على أنه أخ ، فإن كانوا جميعا أشـقاء كان أخـا شقيقا ، وأخـذ نصيب أخ شقيق ، وإن كانوا جميعا إخـوة لأب أخـذ معهم على أنه أخ لأب بشرط الا يقـل عن الثلث فى الحالين ، وإن كان بعضهم أشقاء وبعضهم لأب ، وهم محجوبون بالأشقاء قاسمهم ، ودخل أولاد الأب فى القسمة أولا ،

على أساس انهم مستحقون ، ثم ينفرد الأشقاء بأنصبة الإخوة جميعا ، ولا يأخـذ أولاد الأب . فدخولهم كان فقط لنقص نصيب الجـد ولنضرب لذلك مثلا ، إذا مات الميت عن جـد صحيح وأخ شقيق ، وأختين لأب ، فإنه فى هـذه الحال تقسم التركة بين هؤلاء للذكر مثل حظ الأنثيين على أساس أن الجـد أخ ، ويأخـذ بهـذا الثلث ، ويأخـذ الإخـوة الثلثين . ولكن لا يستحق منهما الأختان لأب شيئا ، بل يكونان جميعا للأخ الشقيق .

والأخوات المنفردات كالإخوة ، من حيث إن الجـد يكون عصبة معهم كأخ ، فلو كان للمتوفى جـد . وثلاث أخوات شقيقات كانت التركة بينهم أخماسا ، وإن كان للمتوفى جـد وأختان شقيقتان وأختان لأب كانت التركة بينهم أثلاثا للجـد الثلث وللأخوات الثلثان يستبد بهما الشقيقتان . ولا تأخـذ الأختان لأب شيئا ، وإن كانتا قـد دخلتا فى المقاسمة لكى ينقص نصيب الجـد ، ويزداد حظ الشقيقتين ولا يأخـذ الجـد أقل من ثلث المـال ، إذا لم يكن فى الورثة إلا الجد والإخوة فإن كان هناك ذو فرض آخر ، فإن الجـد يأخـذ الأحظ من السدس ، أو ثلث الباقى بعـد صاحب الفرض ، أو المقاسمة بالتعصيب .

١ ــ فإذا فرض أن الورثة هم الزوج والجـد والأم وأخ شقيق وأخت شقيقة : فإنه فى هـذه الحال يكون السدس أحظ الأقسام فيأخـذه ، لأن ثلث الباقى بعـد فرض الزوج والأم يكون أقل من السدس ، إذ يكون ثلث الثلث أى تسع ، والسدس أكبر من التسع ، وهو أحظ من المقاسمة بالتعصيب لأنه فى المقاسمة بالتعصيب يستحق خمسى الثلث ، وهما أقـل من السدس .

٢ ــ وإذا كان الورثة زوجة وجـدا وأخا شقيقا ، وأخا لأب وأختا لأب ، فإن ثلث الباقى بعـد نصيب الزوجة أكبر من السدس ، ومن المقاسمة بالتعصيب إذ ثلث الباقى هـو ربع التركة وهـو أكبر من السدس بالبداهـة ، وأكبر من المقاسمة بالتعصيب ، لأنه بالمقاسمة بالتعصيب سيدخل أولاد الأب فيها ، ويستحق بها على ذلك الباقى ، وذلك المقـدار أقل من ثلث الباقى .

٣ ــ وإذا كان الورثة زوجا وجـدا وأختا شقيقة فإن نصيبه بالمقاسمة بالتعصيب يكون أكثر الأنصبة الثلاثة ، لأنه سيأخـذ النصف ويأخـذ هو مع الأخت النصف الآخر على أن له ضعفها ، وهو يساوى ثلث التركة كلها ، وهو أكبر من السدس بالبداهة ، كما هو أكبر من ثلث الباقى بالبداهة أيضا .

ونرى من هـذه الصور كلها أن الأخوات الشقيقات أو لأب كن عصبات بالجـد . ولو كن منفردات عمن يعصبهن ؛ ولا يأخـذن معه بالفرض إلا فى مسألة واحـدة أثرت عن زيد ، وتسمى المسألة الأكدرية ، وصورتها أن يكون الورثة زوجا وأما وأختا شقيقة أو لأب وجـد ؛ فيأخـذ الزوج النصف ، وتأخـذ الأم الثلث ويأخـذ الجـد السدس ، والأخت النصف . ثم يقتسمان النصيبين للذكر مثل حظ الأنثيين .

وإنما كانت الأخت آخـذة بالفرض على هـذا ؛ لأنه لولا هـذا ما أخذت شيئا ، وذلك يكون فى معنى أن الجـد حجبها ؛ لأنها من غير وجوده تستحق النصف ، فلكى يتفادى زيد رضى الله عنه ذلك أعطاها النصف الذى كانت تستحقه لولا وجود الجـد . ثم اقتسم معها السدس والنصف ذلك التقسيم .

ولذلك إذا كانت تستحق شيئا من غير وجوده ، واستغرقت الأنصبة التركة أو بقى أقل من السدس فإنه يأخـذ السدس ، ولا يأخـذ الأخوات شيئا . ولذلك إذا كان فى المسألة السابقة أخ مكان الأخت ما أخـذ شيئا لأنه لا يستحقه فرضا فى حال من الأحوال .

١٢٥ — هـذه خلاصة مذهب زيد وبعض التفريعات فيـه ، وبهـذا المذهب أخـذ مالك والشافعى وأحمد ، وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء العراق ، ولم يخالفه من الأئمة الأربعة إلا أبو حنيفة وحـده .

والأساس الذى بنى عليه ذلك المذهب ثلاثة أمور :

أولها — أنه لم يقم دليل من نص أو قياس يدل على حجب الجد الصحيح للأشقاء أو لأب .

وثانيها — أن قرابة الإخوة فى الدرجة من حيث القـوة كقرابة الجـد ، وسننقل من عبارات الشافعى ما يوضح ذلك تمام التوضيح .

وثالثها — أن ذلك هـو التوزيع العادل إذا نظرنا إلى جملة الورثة ، ذلك أن الجـد الصحيح ما يأخـذه وهـو شيخ فإنه سيكون قريبا لأولاده ، وهم أعمام الميت ، فكأنه من الناحية الواقعية سيئول الأمر إلى أن الأعمام أخـذوا

حيث منع الإخوة إذا كان الجـد يحجب هؤلاء ، ولا أحـد يقول إن الأعمام أولى بالميراث من الإخوة ، ولذلك أدخل أولاد الأب فى المقاسمة مع الأشقاء والجـد حتى إذا كبر الإخوة بهـذه المقاسمة استبد الأشقاء به •

ولنختتم الكلام فى رأى زيد بعبارة محكمة ساقها الشافعى للاستدلال على أن الجـد لا يحجب الأشقاء أو لأب ، فقد قال فى رسالته رحمه الله تعالى :

« أليس يقول الجـد أنا أبو الميت ، ويقول الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقرابة الأب بقـدر موقعه منها ، اجعل الأب هـو الميت ، وترك ابنه وأباه ، كيف يكون ميراثهما منه ، فإنه يكون للابن خمسة أسداس ، وللأب السدس ، وابن الأب الذى جعلناه ميتا هو الأخ والأب هو الجد عندما يكون المتوفى ليس الأب ، بل أحـد أبنائه ، فإن الأب الذى يدلى كلاهما به ، قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته بالجـد أنه أبوه ، والابن مقـدم فى الاستحقاق على الأب ، إذ يأخـذ أكثر منه ، وإذا كان كذلك فقرابة الأخ أقوى من قرابة الجد ، ولو كان أحـدهما محجوبا بالآخر لكان يحجب الجـد بالأخ ، لأنه أقوى قرابة للأب الذى يدلى به كلاهما ، ولولا اجتماع الصحابة على أنه يرث مع الإخوة لحجبه » ويقول رضى الله عنه فى ذلك أيضا : « كل المختلفين مجتمعون على أن الجـد مع الأخ مثله أو أكثر حظا منه ، فلم يكن لى خلافهم ، ولا الذهاب إلى القياس ، والقياس يخرج من جميع أقوالهم ، فلنذهب إلى إثبات الإخوة مع الجـد أولى الأمرين ، مع أن ميراث الإخوة ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجـد فى الكتاب ، وميراث الإخوة أثبت فى السنة من ميراث الجـد » •

١٢٦ — هـذه هى المذاهب الإسلامية فى ميراث الأشقاء ولأب مع الجد ، وقـد اختاره قانون الميراث ، من بينها رأى على رضى الله عنه ، وهو أن يكون الجـد أخا مـع الإخوة ، بشرط ألا يزيد عن السدس ، لكن مذهب على أن الجـد لا تكون الأخوات المنفردات عصبة معـه قط ، بل يكن أصحاب فرض إن كان لهن فرض ، والقانون جعل الأخت إذا كان هناك فرع وارث مؤنث عصبة هى والجـد ، وقـد اقتبس تلك الفكرة الجزئية من مذهب زيد رضى الله عنه ، فكان ذلك تلفيقا حسنا ، لأنه تتكون منه قاعـدة ، وهى « أن الأشقاء لأب تكون حالهم مع الجـد هى حالتهم تماما من غير وجوده ، إلا أن يؤدى ذلك إلى أن ينقص نصيبه عن السدس ، فيكون السدس نصيبه » وهى قاعـدة حسنة عادلة فى ذاتها ، ويسهل معها إدراك الأحوال كلها مع تشعبها •

وقــد لاحظ واضعو القانون فى ترجيحهم الأخــذ بمذهب الأكثرين من الفقهاء ، وهم الذين يجعلون الجــد حاجبا للإخــوة والأخــوات ــ إن مآل نصيب الجــد إلى أولاده أى أعمام الميت ، فيعطون حيث يمنع إخوته ، وهم فى الأصل شركاؤه فى مال أبيه ، فقــد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« المذهب المعمول به هــو مذهب أبى حنيفة ، وبعض فقهاء الصحابة أن الجــد كالأب فى حجب الإخــوة الأشقاء أو لأب فرئى الأخــذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هــؤلاء الإخــوة مــع الجــد لظهور المصلحة فى الأخــذ بهــذا الرأى ، فكثيرا ما يموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ، ثم يموت أحــد هؤلاء الأولادعن جــده وإخوته فيحجب الجــد الإخوة ولا يأخــذ أحــد منهم شيئا ، مع أن الجــد قــد يكون غنيا ، فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجــد بجميع ماله ، ولا يأخــذ أولاد ابنه شيئا منه » .

مــيراث الجــدة

١٢٧ ــ الجــدة التى ترث بالفرض هى الجــدة الصحيحة ، وأما الجــدة غير الصحيحة فهى كالجــد غير الصحيح من ذوى الأرحام ، والجــدة الصحيحة هى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جــد غير صحيح . فأم الأم جــدة صحيحة ؛ وأم الأب كذلك ، وهكذا ، والجــدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جــد غير صحيح كأم أبى الأم ، فإنها تعــد جــدة غير صحيحة ، وتكون من ذوى الأرحام ، ولا ترث بالفرض قط كما ذكرنا ، وذلك لأن من أدلت به إلى الميت لا يعــد من ذوى الفروض ، بل يعــد من ذوى الأرحام ؛ فلا يمكن أن تكون هى أقوى منه حظا فى الميراث ، مــع أنه سبب الاتصال بالمتوفى ، وعن طريقه اكتسبت الصلة التى أعطتها حــق الميراث .

والأصل فى ميراثها ما روى من أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه أتته أم أم تطلب ميراثا فى ولد ابنتها ، فقال : اصبرى حتى أشاور ، فإنى لم أجــد لك فى كتاب الله نصيبا ، ولم أسمع فيك من رسول الله شيئا ، ثم سألهم فشهد المغيرة بن شعبة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطــاها السدس ، وشهد معه محمد بن مسلمة ، ثم جاءت أم الأب إليه ، أو إلى عمر رضى الله عنهمــا (على اختلاف الروايات) وطلبت ميراثها هى الأخرى . فقال : « إن ذلك السدس بينكما ، وهــو لمن انفردت منكما » قضى بذلك فى عصر الصحابة ، ولم يستنكر

أحـد ، ولم يأت نقل عن أحد يخالفه حتى يكون فى الموضوع دليلان متعارضان ، فكان ذلك إجماعا • ومن جهة أخرى فإن الجـدة تعتبر أما مجازا فيثبت لهـا الميراث عند فقـد الأم الحقيقية ، كالجـد الصحيح عند فقـد الأب ، فميراثها مؤيد بالنقـل والعقـل •

وعلى هـذا الأساس فإنها ترث باعتبارها أما ، ولذلك تحجب الجـدات من أى جهة كانت : من جهة الأب ، أو من جهة الأم ، عند وجود الأم ، لأن المجاز لا يثبت عند وجود الحقيقة ، فحيث أمكن إعمال الحقيقة لا يثبت المجاز •

١٢٨ — وللجـدة حـالان :

(أحدهما) أن ترث السدس ، وتنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحـدة : فإذا كان للمتوفى أم أم أخـذت السدس ، وكذلك إذا كانت له أم أب • وإن كان له أم أم وأم أب اشتركتا فى السدس ، ومهما تعـددت درجات الجـدات فإنهن يأخـذن السدس بشرط أن يتحـدن فى الدرجة • فإذا كان للمتوفى أم أم أم ، وأم أب أب ، وأم أم أب ، فإنهن جميعـا يشتركن فى السدس : من غير تفرقة بينهن فى ذلك •

وإن كانت واحـدة منهن ذات قرابتين ، فإنها تأخـذ مقـدارا مساويا لذات القرابة الواحـــدة • فإذا كان للمتوفى أم أم أب ، وأم أبى أب ، هى أيضا أم أم فإن السدس يكون بينهما نصفين ، ولا تستحق الثانية نصيب اثنتين ، بل نصيب واحـدة ، لأنها وإن كانت تتصل بالميت عن طريقين وهما طريق أم أم ، وطريق جـدة — القرابة واحـدة — والجهة واحـدة وحيث اتحـدت الجهة ، واتحـدت القرابة فقـد اتحـد سبب التوريث ، وإذا اتحـد سبب التوريث لا يرث الوارث إلا نصيبا واحـدا ، وهـذا هـو ما نص عليـه القانون ، وهـو قـول الإمام أبى يوسف من أئمـــة المذهب الحنفى(٧٥) • ومذهب مالك والشافعى رضى الله عنهما •

---

(٧٥) ويقابله مذهب الامام محمد رضى الله عنه ، وهو أن الجـدة ذات القرابتين ترث بالقرابتين ، أى تأخـذ كجـدتين ، ففى المسألة المذكورة فى الأصل ، وهى أم أم أب ، وأم ابى أب هى أم أم تأخـذ الثانية نصيب اثنتين ، فيقسم السدس اثلاثا ، ولا يقسم اثنين • وحجة ذلك الرأى أن القرابة إذا تعددت يرث بالقرابتين • كما اذا تعـددت الجهة فإنه يرث بالجهتين ، فلو كان أخ لأم هو ابن عم يرث باعتباره ابن عم ، وباعتباره أخا لأم ، فكذلك اذا تعـددت قرابة الجـدة الواحـدة ورثت كجـدتين عنـد التعـدد •

هـذه هى الحال الأولى • أما الحال الثانية فهى حجبها : وعـدم استحقاقها شيئا ، وهى تحجب فى ثلاث أحوال :

أولاها ــ عند وجود الأم ، فإن الأم تحجب كل الجـدات ، سواء أكن أبويات أم كن من جهة الأم ؛ لأن الجـدات جميعا يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فلا يرثن عند وجـود الأم الحقيقية ؛ ولأن الأثر الوارد الذى ورثت الجـدات بمقتضاه كان فى حال وفاة الأم ، ولم يرد أثر بميراثهن مـع وجـود الأم ، فيقتصر على مورد النص ، ولا يتجاوزه ؛ لأنه ليس لهن فرض صريح فى القرآن الكريم •

ثانيها ــ أن الأبويات يحجبن بالأب ، فالأب يحجب أم الأب ، ولا يحجب أم الأم ولو علت درجتها ، وذلك للقاعـدة المشهورة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، وأم الأب أدلت بالأب ولكن أم الأم لم تدل به ، مهما تكن درجتها • وهنا نجـد فرقا بين الأم والأب من حيث حجب الجـدات : فالأم تحجب الجـدة من أى جهة كانت ، والأب لا يحجب إلا التى من جهة الأب ، وحجب الأب للجـدات ليس سببه الإدلاء من جهتها حتى يقتصر على الجـدات اللائى يدلين بها ، بل سببه أنهن يرثن بوصفهن أمهات مجازا ، ولا يعمل المجاز مع وجود الحقيقة كما بينا •

ومثل الأب فى حجب الأبويات الجـد الصحيح بالنسبة لكل جـدة تدلى به ، فإنه يحجبها ، فأبو الأب يحجب أم أبى الأب ، لأنهـا تدلى به ؛ ولكنه لا يحجب أم الأم ، لأنها لا تدلى به •

ثالثها ــ أن القربى تحجب البعـدى من أى جهة كانت ولو كانت القربى محجوبة ، فلو كان للمتوفى أم أب ، وأم أم أم ، فالسدس لأم الأب ، ولا تأخـذ الأخرى شيئا ، وإذا كان أم أم وأم أبى أب فالسدس لأم الأم ، ولا شىء للأخرى ، وكذلك لو كان للمتوفى أب وأم أب ، وأم أم أم ، فلا شىء للجدات ، لأن أم الأب محجوبة بالأب ، وأم أم الأم محجوبة بأم الأب لأنها أقرب منها ؛ والقربى تحجب البعـدى ، ولو كانت البعـدى محجوبة كما ذكرنا ؛ إذ المحجوب قـد يحجب غيره فالأخوات ولو كن محجوبات بالأب يحجبن الأم من الثلث إلى السدس إنمـا الذى لا يحجب هو الممنوع من الميراث ، لقيام مانع من موانع الإرث به ، فإنه يكون فى حكم المعـدوم كمانوهنا مرارا •

وإنما كانت القربى من أى جهة تحجب البعدى ، لأن القربى بالنسبة للبعدى كالأم بالنسبة للجدات جميعا ، وهى إذا وجدت حجبتهن من أى جهة كانت ، فكذلك إذاكانت فيهن واحدة أقرب من غيرها ، فإنها تحجبهن جميعا من أى جهة كن(٧٦) .

١٢٩ — هذه أحوال الجدات على ما عليه العمل الآن بمقتضى قانون الميراث وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، وليس فيه شىء من غيره من المذاهب ولنفصل ذلك المذهب ، قبل أن نذكر أو نشير إلى المذاهب الأخرى .

إن المذهب الحنفى فى توريث الجدات ،وقد اشتق من رأى على ، وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وخلاصة ذلك المذهب كما جاء فى المبسوط أن كل جدة تدلى إلى الميت بعاصب أو صاحب فرض تكون وارثة ، فإذا كان يتوسط بينها وبين الميت من ليس بعاصب أو صاحب فرض فهى غير وارثة ، بل تكون على حسب من أدلت به ، وعلى ذلك إذا كانت أم أبى أب مهما علت فهى وارثة ومن أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بعاصب ، وأم الأم تكون من أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بصاحب الفرض ، ومثلها من علت ، أما إذا كانت تدلى بذى رحم ، فإنها تكون من ذوى الأرحام ، فإذا كانت أم أبى أم فهى أدلت بجد غير صحيح ، فتكون مثله .

هذا هو مذهب أبى حنيفة وما اشتق منه ، وهو أقيس المذاهب فى الجدة ، وأضبطها ، وليس فيه إلا قول واحد من ناحية الوارثات من الجدات .

أما الأئمة الآخرون ، فقد اختلفت أقوالهم ، والمشهور عن الشافعى أنه يقول قول الحنفية بالنسبة لأصل ميراث الجدات ، وفى مذهبه قول كمالك ، بيد أنه المشهور فيه .

---

(٧٦) اشتملت المادة — ١٤ — على ميراث الأمهات والجدات وهذا نصها : « للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الإخوة والأخوات ولها الثلث فى غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين ، والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج ، والجدة الصحيحة هى أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت ، وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء ، لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

ومذهب مالك أن الجـدات من قبل الأم جميعا يأخـذن فرض السدس مهما علت درجتهن ، لأنهن قائمات مقام الأم مهما علون ، ما دام لا يتوسط فى نسبتهن جـد بين أمين ، أى جـد غير صحيح ، وأيضا فإن الأثر الصحيح قد أثبت ميراث أم الأم ، وبه قضى أبو بكر رضى الله عنه ، ويقـاس على أم الأم أمهاتها مهما علون ، لأنه لا فرق بينهن وبينها إلا فى القرب والبعـد ، وذلك ليس بذى أثر فى استحقاق السدس ، وإنما أثره فى الترجيح بينهن ، ومثل الجـدات من قبل الأم الجـدات أمهات الأب ، فأم الأب تستحق ، وأمها كذلك تستحق ، وهكذا مهما علت ، وذلك لأن فتـاوى الصحابة على أن أم الأب ترث السدس وتشارك أم الأم ، ويكاد ينعقـد الإجماع على هـذا ، وأمها مثلها ، فتستحق ما تستحقه ، لـما ذكرنا من أن القرب والبعـد لا أثر له فى أصل الاستحقاق ، متى وجـد السبب ، إنما أثره فى ترتيب درجات الاستحقاق ، وأما الجـدة أم أبى الأب مهما علت ، فإنها لا تستحق بالفرض عند مالك لعـدم وجود أصـل من الأثر يعتمد عليه ويجرى فيه القياس ، لأن الآثار قـد وردت بميراث أم أم ، وأم الأب ، وأجرى القياس فى أمهاتهن ، ولم يرد الأثر بميراث أم أبى الأب ، فلا أصل لميراثها ، ولا لمن يعلوها من أمهاتها ، فلا نص ولا يصح أن تقاس على أم الأب ، لأن أمهات الأب طائفة غير طائفة أمهات الجـد ، وما ثبت للأولى لا يثبت للثانية إلا بدليل .

ومذهب مالك أخـذ من رأى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

ومذهب الإمام أحمد كمذهب مالك ، أنه زاد عليه ميراث أم أبى الأب وإن علت ، ولم يجعل لأم أبى الأب شيئا ، وذلك للأسباب التى ذكرناها فى مذهب مالك رضى الله عنه ، وإنما خالف مالكا فى أم أبى الأب ، لـما ورد من أن عمر رضى الله عنه سئل عن أربع جـدات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب وأم أبى أم ، فأعطى الثلاث الأولى دون الرابعة ، وعلى ذلك تستحق عنده أم أبى الأب بهـذا الأثر ، وهـو بذلك يقرب من الحنفية ، ولكنه لا يسير سيرهم من حيث التعميم لكل أمهات الأجـداد مهما علا الجـد الذى تنتسب إليـه الأم ، وقـد قال هـذا القول إبراهيم النخعى من التابعين ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جـدات هن اللائى ورثهن من بعـد أحمد ابن حنبـل .

١٣٠ — والإجماع يكاد يكون(٧٧) منعقدا على أن الجدات لا يرثن إلا السدس ، لورود الأثر بذلك ، تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة إذا كن فى درجة واحدة ، فإذا كان ثمة أم أم وأم أب فالسدس بينهما ، وإذا كانت أم أم أم ، وأم أم أب فالميراث بينهما ، وهكذا إلا إذا كانت إحدى الجدات لا ترث أصلا ، لأنها غير صحيحة ، فليس لها نصيب ، ولكن إذا كانت إحداهما قريبة ، والأخرى بعيدة ، كأن تكون هناك أم أم أم ، وأم أب ، فإن المذهب الحنفى كما علمت أن القربى تحجب البعدى(٧٨) من أى جهة كانت ، ومذهب مالك أن القربى إن كانت من جهة الأم تحجب البعدى ، وإن كانت القربى من جهة الأب فإنها لا تحجبها ، بل تشتركان فى السدس .

وحجته فى ذلك أن الجدة التى تكون من قبل الأم أقوى فى سبب الميراث لأن الجدات يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فالمتصلات بالأم أقوى فى ذلك من المتصلات بالأب ، لاتصالهن بالميت عن طريق الأم الحقيقية ، فإذا كن أقرب إلى الميت ، فقد تفوت تلك الأرجحية ، فتنفرد بالاستحقاق القربى ، وإن كانت القربى هى أم الأب ، فقد صارت لها قوة ترجيح بقربها . كما للأخرى قوة ترجيح بطريق اتصالها ، فتساوتا فتشتركان فى السدس .

وهذا الرأى قد أخذ به بعض الشافعية ، وقيل أنه الراجح عندهم ، وهو مأخوذ من احدى الروايتين عن زيد بن ثابت رضى الله عنه .

والحنفية فيما حكينا لك من أن القربى تحجب البعدى من أى جهة كانت قد أخذوا برأى على، والرواية الأخرى عن زيد ، ويتفق معهم الحنابلة وبعض الآراء فى المذهب الشافعى ويرجحه كثيرون منهم ، وقد بينا دليله من قبل .

---

(٧٧) مذهب ابن عباس ان الجدات جميعا لا يأخذن غير السدس إلا أم الأم ، فإنها تقوم مقام الأم فى فريضة الأم ، فتأخذ السدس الذى كانت تستحقه الأم ، والثلث إن كانت تستحقه ، وبهذا الرأى اخذ ابن سيرين ، وحجته هى قياس أم الأم على أبى الأب ، فكما ان أبا الأب يرث ما يرثه الأب ، فكذلك أم الأم ترث ما ترثه الأم .

(٧٨) روى عن ابن مسعود ان القربى لا تحجب البعدى اصلا ، لاشتراكهن جميعا فى الوصف ، وسبب الاستحقاق ، إلا أن تكون البعدى هى أم القربى ، فإنها تحجبها .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اتحدت جهة القرابة ، فإن القربى تحجب البعدى وموضع الخلاف هو ما بينا •

١٣١ — والعلماء مجتمعون على أن الأم تحجب الجدات جميعا ، ويكادون يجتمعون على أن الأب يحجب الجدات الأبويات ، لأنهن يدلين إلى الميت به ، ولم يخالف فى ذلك إلا ما جاء فى مذهب أحمد بن حنبل من أن الأب لا يحجب الأبويات ، لأنهن يرثن السدس ، أو يشتركن فيه — باعتبارهن من الأمهات فلم يكن الأب سبب الميراث ، وإن كان سبب القرابة ، كالشأن فى أولاد الأم يرثن مع الأب ، لأن السبب هو الأخوة ، فيرثن مع وجودها ؛ وإن كانت هى صلة القرابة وإن هذا الرأى ينسب إلى أبى موسى الأشعرى ، والرأى الذى عليه جمهور الفقهاء هو جمهور الصحابة ، وهو مروى أيضا عن أبى موسى الأشعرى •

نظرة عامة فى أصحاب الفروض

١٣٢ — هذه أحوال أصحاب الفروض قد بيناها ، وشرحنا ما جاء بالقانون ثم بينا اختلاف الفقهاء فى موضع الخلاف ، ليتبين ما أخذ القانون منها وما ترك وبه يعرف المصدر الفقهى له معرفة دقيقة ، فيرجع إلى الأصل الذى اشتق منه ، إن وجد ما يضطر القاضى إلى الرجوع •

(١) وقد تبين مما تقدم أن من أصحاب الفروض من يكونون دائما أصحاب فروض ، ولا يكون عصبات قط ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بأنفسهم ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بغيرهم ، فالزوجان والإخوة لأم ، والأم والجدة لا يكونون إلا أصحاب فروض ، ولا يكونون عصبة قط ، والأب والجد قد يكونان عصبة بأنفسهم عند عدم وجود فرع وارث مطلقا ، وعند وجود فرع وارث مؤنث ، لأن كل واحد منهما فى هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيكون له ما بقى •

والأخت الشقيقة والأب تكون كل منهما عصبة بالأخ الشقيق أو لأب ، ومثل ذلك البنت وبنت الابن ، فإن البنت قد تكون عصبة بالابن ، وبنت الابن قد تكون عصبة بابن الابن ، وقد بينا ذلك فى موضعه •

(ب) وقد تبين أن من أصحاب الفروض من لا يحجب حجب حرمان قط ، ومنهم من يحجب حجب حرمان أحيانا ، فالزوجان والبنت والأب والأم لا يحجبون حجب حرمان ، بل ينتقل نصيبهم من الأكثر إلى الأقل ، ولكن في دائرة الاستحقاق ، والباقون قد يحجبون حجب حرمان ، على ما بين في موضعه .

(ج) وقد تبين أن الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى هي الثمن والربع والنصف ، والسدس والثلث والثلثان ، وقد تبين مما شرحنا ما يستحقه كل ذي فرض منها .

وعند اجتماع الفروض أو بعضها يوحد أصلها ليمكن بيان كل واحد منها ، ولذلك نذكر أصول المسائل ومخارج الفروض .

أصول المسائل وتصحيحها

١٣٣ – هذا باب يعقده الفرضيون لبيان أصول المسائل وطريقة استخراج حصة كل وارث بالسهام ، فتعرف الأنصبة حصصا شائعة في التركة غير مبينه بالمقدار المالي فيها ، بحيث تقسم عليها التركة من بعد بيانها ، ويعرف مقدار كل وارث بالمال بعد بيانه بالسهام ، ثم إنه بمعرفة أصل كل مسألة ومعرفة مقدار نصيب كل وارث بالسهام لا يكون ثمة حاجة إلى معرفة مقدار التركة ، فيمكن معرفة حصة كل وارث قبل أن يعلم مقدار التركة بالتعيين ، فإن معرفتها قد تستغرق آمادا طوالا ، ومن الضروري معرفة حصة كل وارث فيها قبل ذلك ، وهذا لا يستبين من غير معرفة أصل المسألة .

ونقول في سبيل ذلك أنه إن كان الورثة جميعا عصبات يمكن معرفة سهام كل وارث ، بمعرفة عددهم ، وحالهم من حيث الذكورة والأنوثة ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان الورثة ثلاثة إخوة أشقاء وأربع أخوات شقيقات كانت القسمة من عشرة ، لأن كل أخ يأخذ نصيب أختين ، فتكون سهام الإخوة ستة ، وسهام الأخوات أربعة ، ويكون المجموع عشرة ، للأخت منها واحد من عشرة ، وللأخ اثنان من عشرة .

١٣٤ – وإن كان في المسألة صاحب فرض واحد اعتبر مخرج نصيبه أصل المسألة ، ومخرج النصيب هو مقام الكسر الدال على نصيبه ، فإذا كان في المسألة أب وأم فإن الأم تستحق الثلث ، ويكون أصل المسألة هو ثلاثة ،

فيكون للأم سهم ، وللأب الباقى وقدره سهمان ، إن كان الورثة زوجة وأبا فأصل المسألة يكون أربعة ، لأن الزوجة لها الربع ، فيكون لها سهم وللأب الباقى ثلاثة أسهم ، وإن كان صاحب فرض واحد وتعدد العصبات جعل أيضا مخرج نصيب صاحب الفرض ، كان يكون المتوفى ترك زوجا ، وبنتا وابنا ، فإن الزوج يستحق الربع ، ويكون أصل المسألة أربعة يأخذ الزوج واحدا ، والباقى يكون للابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن سهمان ، وللبنت سهم واحد •

١٣٥ — إن تعدد أصحاب الفروض فى المسألة كان أصل المسألة هو أصغر عدد يقبل القسمة على المخارج كلها ، وقد يكون أحد هذه المخارج ولنضرب لذلك أمثلة موضحة •

(أ) إذا كان قد توفى عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والباقى لابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون أصل المسألة ثمانية ، وهو مخرج نصيب الزوجة ، وقد استحقت منها سهما ، واستحقت البنت أربعة أسهم ، والباقى لبنت الابن وابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهو ثلاثة أسهم فيكون للأنثى سهم ، والسهمان لابن الابن •

(ب) وإذا كان المتوفى قد ترك زوجا ، وأبا ، وأما وأختا وشقيقة ، وأخا لأب فإن الزوج يستحق النصف ، والأم تستحق السدس ، والأب يستحق الباقى ، ولا شىء للأخت والأخ ، لوجود الأب ، ويكون أصل المسألة ستة للزوج منها ثلاثة وللأم واحد ، والباقى للأب وقدره سهمان •

(جـ) وإذا كان الورثة زوجا ، وأبا ، وابنة ، فإن الزوج يستحق الربع ، والأب يستحق السدس مع الباقى بالتعصيب ، والبنت النصف ، ويكون أصل المسألة ١٢ لأن أصغر عدد يقبل القسمة على أربعة ، واثنين ، وستة هو — ١٢ ، يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنت تستحق ستة ، والأب اثنين بالفروض وواحدا بالتعصيب •

(د) وإذا كان الورثة زوجة ، وأما ، وبنتا ، وأختا شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والأم تستحق السدس والأخت الشقيقة تأخذ الباقى ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لأن ذلك أصغر عدد يقبل

انقسمةعلى ثمانية وستة واثنين ، وعلى ذلك تستحق الزوجة ثلاثة ، وتستحق الأم أربعة ؛ وتستحق البنت أثنى عشر سهما ، وتستحق الأخت الباقى وقدره خمسة أسهم •

١٣٦ — مما تقدم يتبين أن أصل المسألة قد يكون ٢ وقد يكون ٣ وقد يكون ٤ وقد يكون ٦ وقد يكون ٨ وقد يكون ١٢ وقد يكون ٢٤ •

وأنه إذا كانت ثمة تركة تقسم على أصل المسألة إذا كان هناك صاحب فرض . ويعطى كل واحد من الورثة ما خص سهامه من أموالها ، وبذلك ينتقل النصيب من بيانه بالسهام أو النسب التقديرية إلى البيان بمقداره المالى من أصل التركة • وأن العمل الأخير يستطيع أى حسابى أن يتولاه ، بعد أن تولى الفرض بيان السهام المقدرة المبينه للحقوق بنسبها من غير تعيين مقدارها •

١٣٧ — التصحيح : وقد يكون القدر من السهام الذى يستحقه فريق من الورثة لا يقبل القسمة عليهم ، كأن يكون الورثه زوجة ، وبنتا ، وابنا ، فإنه فى هذه الحال يكون أصل المسألة ثمانية — استحقت الزوجة منها سهما ، وخص الابن وأخته سبعة ، وهى لا تقبل القسمة على ثلاثة ، ويراد معرفة مقدار نصيب كل واحد بالسهام ، والسهام لا يصح أن تبين بالكسور لأنها أرقام فرضية ، ولتكون النسب واضحة جلية تستبعد الكسور ، ولذلك تصح بأن يضرب أصل المسأله فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بمفرده قدرا من السهام برقم صحيح ، لا كسر فيه وهو هنا ثلاثة ، فالتصحيح إذن هو تضعيف أصل المساله عندما يدخل نصيب أحد الورثة الكسر ، فيضرب فى اقل عدد يمكن أن يزول معه ذلك الكسر ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا كان الورثة زوجا ، وأختا لأب ، وثلاث بنات ابن ، وبنتا ، فإنه يستحق الزوج الربع ، والأخت لأب الباقى ، والبنت النصف ، وثلاث بنات الابن السدس ، ويكون أصل المسألة هو ١٢ استحق الزوج ٣ واستحقت البنت ٦ واستحقت بنات الابن الثلاث اثنين ، وخص الأخت سهم واحد ، ولكن السهمين لا يقبلان القسمة على ثلاثة ، فيصحح أصل المسألة بأن يضرب فى ثلاثة فيصير ٣٦ ، ويعطى الزوج ٩ والبنت ١٨ وبنات الابن ٦ لكل واحدة سهمان ، والأخت لأب ٣ •

(ب) وإذا كان الورثة زوجة ، وبنت ابن ، وابن ابن وأما ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والأم تستحق السدس ، وبنت الابن وابن الابن عصبة يأخذان الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٢٤ استحقت الزوجة ٣ والأم ٤ والباقى لبنت الابن وابن الابن وقــدره ١٧ يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولكن العــدد ١٧ لا يقبل القسمة على ثلاثة ، فيضرب أصل المسألة فى ٣ فيكون ٧٢ وعلى ذلك يكون للزوجة ٩ وللأم ١٢ وللعصبة ٥١ استحقت بنت الابن ١٧ وابن الابن ٣٤ ٠

(جـ) إذا كان الورثة زوجين ، وأما وبنتا وأربع أخـوات شقيقات فإن الزوجتين تستحقان ثمن التركة ، والأم تستحق السدس ، والبنت النصف والباقى للأخوات الأربع ، وعلى ذلك يكون أصل المسألة ٢٤ ، الثمن ـــ ٣ ـــ والنصف ١٢ والسدس ٤ والباقى ـــ ٥ ـــ هى للأخوات ، ولكن نصيب الزوجتين لا يقبـل القسمة على ٢ ـــ ونصيب الأخوات لا يقبل القسمة على ـــ ٤ ـــ ولذلك نحتاج إلى تصحيحين فى الظاهر ، ولكن أحـدهما نغنى عن الآخر ، لأن الضرب فى ٤ يغنى عن الضرب فى ٣ وعلى ذلك يضرب أصل المسأله فى ٤ فيصير ٩٦ ٠

العـــول

١٣٨ ـ العـــول معناه زيادة عـــدد السهام عن أصل المسألة بأن يكون أصحاب الفروض قـــد استحقوا عـــدة أنصبة ، ومجموعها يزيد على الواحـــد الصحيح ، وفى هـــذه الحال لا يأخـــذ كل ذى سهم نصيبه كاملا ، بل ينقص منه بنسبة هـــذه الزيادة ، ولكى يكون النقص بنسب تتفق مع الأنصبة تماما سار الفقهاء على طريقة العـــول ، وذلك بأن يستخرج أولا أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض سهامه على أساس ذلك الأصل ، ثم تجمع السهام ، فيتبين أنها أكثر من أصل المسألة ، فتقسم التركة على عـــدد السهام ، ولا تقسم على أصل المسألة ، ولنضرب لذلك مثلا ، إن كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فإنه فى هـــذه الحال تكون الأنصبة أكثر من الواحـــد الصحيح ، ويقسم هكذا ٠

أولا ـــ يعطى كل ذى فرض نصيبه ، فيعطى الزوج النصف ، والأخت الشقيقة النصف ، والأم السدس ، والأخت لأب السدس تكملة للثلثين ٠

ثانيا — يستخرج أصل المسألة ، وهو ستة ، فيكون للزوج منها ثلاثة ، وللأخت الشقيقة مثله ثلاثة ، وللأم واحـد ، وللأخت لأب واحـد ، فيكون المجموع ثمانية أسهم ، وتكون قـد عالت باثنين زائدين ، وتقسم التركة على عـدد السهام ، فإذا كانت مائتى فـدان يكون نصيب السهم ٢٥ ف ويستحق الزوج ٧٥ ، والأخت الشقيقة ٧٥ ، والأم ٢٥ والأخت لأب ٢٥ •

وترى من هـذا أن كل نصيب نقص بنسبة ما زاد فى المسألة من أسهم ، فقـد صار النصف ثلاثة أثمان ، والسدس ثمنا ، ويكون ما نقصه كل واحـد هـو بنسبة ما نقصه الآخر من غير ظلم لأحـد •

١٣٩ — ولقـد وجـدنا بالاستقراء أن أصول المسائل التى تعول هى ما كان أصله ستة وما كان أصله أثنى عشر ، وما كان أصله ٢٤ • ولنبين ما يعول إليه كل أصل من هـذه الأصول •

(أ) إذا كان أصل المسألة ستة ، فإنها قـد تعول إلى سبعة ، وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة •

ومثال ما يعول إلى سبعة زوج وأختان شقيقتان ، فإن الزوج يأخـذ النصف وعـدد السهام له ثلاثة ، والأختين تأخـذان الثلثين ، وعـدد سهامهما أربعة • فيكون المجموع سبعة •

ومثال ما يعول إلى ثمانية : زوج وأختان لأب ، وأم ، فإن الزوج يأخـذ النصف وقـدره ثلاثة أسهم ، والأختين لأب تأخـذان الثلثين ، وقـدرهما أربعة أسهم • والأم السدس ، وقـدره سهم ، فيكون المجموع ثمانية أسهم •

ومثال ما يعول إلى تسعة : زوج ، وأختان شقيقتان ، وأخوان لأم ، فإن الزوج يأخـذ النصف وقـدره ثلاثة ، والأختين تأخـذان الثلثين ، وقدرهما أربعة ، والأخوين لأم يأخذان الثلث وقدره اثنان ، فيكون المجموع تسعة أسهم •

ومثال ما يعول إلى عشرة أن يكون فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخت لأب ، وأخوان لأم ، وأم ، فيكون للزوج النصف بثلاثة أسهم • وللأخت الشقيقة مثله ، وللأخت لأب السدس بسهم واحـد ، وللأخـوين لأم الثلث بسهمين وللأم السدس بسهم واحـد فيكون المجموع عشرة •

(ب) وإذا كان أصل المسألة اثنى عشر فقد تعول إلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر . ولنضرب الأمثلة على ذلك .

مثال ما يعول من المسائل إلى ١٣ أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأخت لأب ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم الثلث ، وللأخت لأب النصف فيكون أصل المسألة ١٢ وتستحق الزوجة ثلاثة أسهم ، والأخت ستة أسهم ، والأم أربعة أسهم ، ويكون المجموع ثلاثة عشر .

ومثال ما يعول من المسائل إلى ١٥ أن يكون فى المسألة زوج وبنتان ، وأم وأب ، فإنه يكون للزوج الربع ،وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس وللأب مثله ، ويكون أصل المسألة من ١٢ يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنتان ثمانية أسهم ، والأب سهمين ، والأم سهمين ، فيكون المجموع خمسة عشر سهما .

ومثال ما يعول إلى ١٧ أن يكون فى المسألة زوجة ، وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، فيكون للزوجة الربع ، وقدره ثلاثة أسهم ، وللأب السدس وقدره سهمان ، وللأختين لأب الثلثان ، وقدرهما ثمانية أسهم ، وللأخوين لأم الثلث ، وقدره أربعة أسهم ، فيكون المجموع سبعة عشر سهما .

(جـ) وإذا كان أصل المسألة ٢٤ فانها لا تعول إلا إلى سبعة وعشرين ، ومثال ذلك أن يكون فى المسألة زوجة ، وبنتان ، وأم ، وأب ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والأب يستحق السدس ، والأم مثله ، والبنتان تستحقان الثلثين ، وأصل المسألة يكون أربعة وعشرين ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأب أربعة ، وللأم أربعة ، وللبنتين ستة عشر سهما ، فيكون المجموع سبعة وعشرين سهما(٧٩) .

١٤٠ ـ هذا هو العول ، وهذه هى صوره وأمثلته ، ويرى أنه توزيع عادل بين أصحاب الفروض ، إذا زادت عن الواحد الصحيح ، فإنه يكون التوزيع بينها بنسبها ، لا بمقاديرها الأصلية ، ومثله فى ذلك مثل الديون إذا ضاقت التركة عن سدادها ، فإنها تقسم قيمتها بينهم بنسبة ديونهم ، فكذلك إذا ضاقت التركة عن أن تسع الفروض المقدرة كلها وزعت بين أصحابها بنسبها

---

(٧٩) أحكام العول قد جمعتها المادة (١٥) من القانون ونصها ، وإذا زادت انصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة انصبائهم .

واختاروا طريقة العول ، وهى التقسيم على عــدد السهام من غير نظر إلى أصل المسألة ، لأن السهام هى التى تبين النسب ، فاختير مجموعها لتقسيم التركة عليه ، وبذلك يتحقق العــدل من أقرب طريق ، ولقــد وصل إليه عمر رضى الله عنه ببصيرته النافــذة ، فكان أول من حكم بالعــول ، وروى أنه حكم به باشارة العباس رضى الله عنه ، فإنه يروى أنه وقع فى عهد الفاروق مسألة ضاق مخرجها عن فرضها ، فشاور الصحابة فيها ، فأشار العباس رضى الله عنه إلى العــول ، وقال أعيلوا الفرائض ، فتابعوه على ذلك ، ولم ينكره أحــد ، وروى الزهرى عن ابن عباس أنه قال : « أول من أعــال الفرائض عمر بن الخطاب لــا التوت عليه » ، ودافع بعضها بعضا ، قال : والله ما أدرى أيكم قــدم الله ، ولا أيكم أخر • وكان امرءا ورعا • فقال : « ما أجــد شيئا هــو أوسع لى إلا أن أقسم المــال عليكم بالحصص وأدخــل على كل ذى حــق ما دخل عليه من عول الفريضة » • وقــد روى العول عن على رضى الله عنه ، فقد سئل عن بنتين وأبوين وزوجة فقال : « صار ثمنها تسعا » لأن المسألة ، عالت إلى سبعة وعشرين ، فصارت ثلاثة الأسهم تسعا ، بعــد ما كانت فى الأصل ثمنا •

ومع موافقة جمهور الصحابة على رأى عمر فى العول قــد خالفه ابن عباس وانكر شرعيته ، وقــرر أنه تنقص الفرائض القــابلة لزوال الفرضية بالحجب أو التعصيب ، فإن كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة وأخت لأب ، فإنه يكون للزوج النصف كاملا ، وللأم نصيبها كاملا وللأخت الشقيقة ولأخت لأب الباقى بنسبة النصف إلى السدس •

والأساس فى هــذا المذهب أمران :

أحــدهما ــ أن بعض الفرائض أقوى من بعض ، وذلك لأن بعض الفرائض لا يقبل السقوط قط ، وبعض الفرائض يقبل السقوط ، ولا شك أن الفرائض التى لا تقبل السقوط أقوى من الفرائض التى تقبله ، إذ أن هــذه ما ثبتت إلا لقوتها ، وعلى ذلك ينهار الأساس الذى قام عليه العول إذ العول مبنى على أنه لا يدرى أى الفرائض يبقى على حالها ، وأيها ينقص منه •

ثانيهما ــ أنه تقاس حال زيادة الفرائض على حال التعصيب ، ففى التعصيب بالغير تأخــذ صاحبة الفرض أقل مما كانت تأخــذه ، وفى مسائل تعارض الفرائض لو زدنا على بعض أصحاب الفرائض من يكون عصبة به لا يكون تنازع • ففى حال ما يكون أم وزوج وأخت شقيقة ، لو أضفنا إلى المسألة أخا

شقيقا ما كان تتنازع للفرائض ، لأن الأم ستأخذ السدس ، والزوج سيأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تأخذ مع الأخ الشقيق الباقى ، وبالاستقراء فى كل مسألة فيها زيادة الفروض عن التركة — صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير ، وعلى ذلك تفرض حالها كما لو وجد الذكر ، فتأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض الثابتة التى لا تقبل الزوال .

وترى من هذا أن ذلك الرأى له أساس فقهى جيد ، ولذلك قال فيه ابن شهاب الزهرى : لولا أنه تقدم ابن عباس إمام عدل فأمضى أمره وكان امرءا ورعا ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم ، وأنه لو أخذ مذهب ابن عباس لذهب كثير من غرائب الأقضية . فما يكون أخ مشئوم ولا ابن ابن مشئوم إذ أن أساس ذلك أن تأخذ فى حال الفرض . ولا تأخذ فى حال التعصيب . ولو طبق هذا المذهب لتقارب مقدار الفرض مع مقدار التعصيب ، ولقل ذلك التنافر العقلى بين بعض المسائل ؛ والله سبحانه وتعالى أعلم .

العصبات النسبية

١٤١ — بينا أصحاب الفروض وأنصبتهم ، وهم الذين يأخذون حقهم من التركة أولا ، والآن نتكلم فيمن يليهم ، وهم العصبة النسبية ، والعصبة النسبية مقابلة للعصبة السببية ، ويراد بالسببية المعتق وعصبته الذكور ؛ وقد كانت فى الماضى تلى العصبة النسبية مباشرة ، وتسبق الرد ، وتسبق ذوى الأرحام ولم يكن ثمة رد على الزوجين ، والآن هى مؤخرة عن الرد وعن ذوى الأرحام .

والعصبة النسبية هم أقارب الميت من الذكور ومن ينزل منزلتهم من الإناث ، الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب ، وأبى الأب والأخ الشقيق وابنه ، والأخ لأب ، والعم شقيق الأب ، فروعه الذكور ، وهكذا ، والبنت والابن إلخ .

ومرتبتهم فى التقسيم بعد أصحاب الفروض ، وليس معنى ذلك أنهم فى جملتهم بعد أصحاب الفروض فى جملتهم فى الاستحقاق ، بل المراد أنه عند تقسيم التركة يعطى أصحاب الفروض أولا ، ثم يعطى الباقى للعصبة ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فالترتيب ترتيب تقسيم لا ترتيب استحقاق ، لأنه قد يكون من

العصبة من يحجب بعض أصحاب الفروض حجب حرمان أو نقصان ، فالأصل المذكر يحجب أولاد الأم ، والفرع المذكر يحجب الإخوة والأخوات جميعا حجب حرمان ، ويحجب الأم حجب نقصان ، وهكذا .

فالترتيب بين العصبات في مجموعهم ، وذوى الفروض في مجموعهم ترتيب قسمة لا ترتيب أولوية .

١٤٢ — والأصل الذى بنى عليه التوريث بالتعصيب يقوم على ثلاثة أمور :

أولها — قوله تعالى في شأن الأولاد : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وبين مع ذلك استحقاق كل من الأم والأب السدس فدل هذا على أن الأولاد يأخذون الباقى بعد النصيبين . للذكر مثل حظ الأنثيين . وكذلك قوله تعالى في شأن الإخوة والأخوات : « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فدلت هذه الآية على أن جهة الإخوة من جهات العصبة النسبية ، كما تدل الآيتان على أن الأنثى صاحبة الفرض إذا كان معها من يكون في درجتها في القرابة من الذكور ، إذ تكون عصبة به ، ويترك فرضها .

ثانيها — قوله صلى الله عليه وسلم : « ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » والمراد بالأولوية الأولوية في القرابة أى أقرب رجل ذكر ، كما ورد في بعض الروايات ، والقرب إنما هو من ناحية النسب ، والنسب لا يكون إلا من جهة الأب . وهذا الحديث قد أثبت التعصيب لكل قريب من الرجال يتصل بالميت اتصالا نسبيا عن طريق الرجال ، أى لا ينفرد النساء في الاتصال في أى طبقة من الطبقات ، والحديث مع دلالته على ذلك يدل على أنه إذا تعدد العصبات ، لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت في الدرجة أو في قوة القرابة .

ثالثها — القرابة المعتبرة في غير الفروض هى قرابة الرجل دون قرابة الأنثى إلا عند الترجيح ، فتدخل قرابة الأنثى للترجيح لا لإثبات أصل التوريث ، وأنه بسبب أن الرجولة هى الأصل في التعصيب لا يكون العصبة في الأصل إلا رجالا ، ولا يكون النساء عصبة إلا عندما تكون صاحبة فرض ، كأن كان معها أخ لها ، أو في منزلة الأخ ، فتكون عصبة به ، لكى تكون النسبة التى قررها

الشارع قائمة ، وهى أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إذ لو أعطيت صاحبة الفرض فرضها لأدى ذلك إلى أن تكون أكثر منه . أو لا يأخذ شيئا ، وهى تأخذ ، فجعلت عصبة به ، لتستمر النسبة الشرعية المقررة بين الذكر والأنثى .

وفى غير هذا صورة استثنائية قامت فيها الأنثى مقام الرجل ، لورود النص بذلك ، وهى حال الأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث .

١٤٣ — هذه هى الأصول التى قام عليها توريث العصبات ، ولنتكلم أولا فى أقسام العصبات ثم لنتكلم فى جهاتها .

تنقسم العصبة النسبية إلى ثلاثة أقسام :

(أ) عصبة بالنفس ، وهم الذكور من الأقارب الذين لا تنفرد بالتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب والجد ، والأخ الشقيق أو لأب ... إلخ . وهؤلاء هم الأصل فى التعصيب ، لأن العصبة فى الأصل من قبل الرجال ، إذ هم العصبة التى تحيط بالشخص ، وتحمى ذماره .

(ب) وعصبة بالغير ، وتكون للنساء صواحب الفروض اللائى يكون فى طبقتهن أو ما يلحق بطبقتهن رجل ذكر يكون عصبة بنفسه ، فتكون عصبة به ، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فشرط تحقق العصبة بالغير أن يتحقق أمران .

(أحدهما) أن تكون الأنثى صاحبة فرض فى الأصل ، ويكون معها من يعصبها ، فإذا لم تكن هى فى الأصل صاحبة فرض لا تكون عصبة به ، فابنة الأخ الشقيق لا تكون عصبة بابن الأخ ، لأنها ليست من أصحاب الفروض . والعمة شقيقة الأب لا تكون عصبة بالعم .

(وثانى الأمرين) أن يكونا فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ، فالأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة ، ولا يعصب الأخ لأب ، ولا يعصب الأخ لأب الأخت الشقيقة ، لأن قوة القرابة ليست واحدة ، وإن اتحدت الدرجة ، ولم يستثن من اتحاد الدرجة إلا حال تعصيب ابن ابن الابن ، بنت الابن التى تكون أعلى منه إذا احتاجت إليه ، لأنه لو لم يعصبها لأدى إلى أن تأخذ بنت ابن الابن ، ولا تأخذ بنت الابن ، مع أنها منها بمنزلة البنت من بنات الابن فلتفادى مثل هذا الشذوذ جعلت عصبة به إن احتاجت إليه ، أما إذا لم تحتج إليه ، فإنها لا تكون عصبة به قط .

والعصبة بالغير لا تكون إلا أنثى ، وتنحصر فى الأخوات الشقيقات ، أو لأب مع الأخ الشقيق أو لأب ، والبنات وبنات الابن مع الأبناء ، وأبناء الأبناء .

(جـ) وعصبة مع الغير ، وهى خاصة بالأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث ، وقد ورد بتوريثهن الأثر الوارد عن ابن مسعود بإعطاء الأخت الباقى بعد نصيب البنت ، وقد سمى ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان سنة صحيحة ثابتة .

١٤٤ — هذه أقسام العصبة ، وجهاتها أربع :

الجهة الأولى — جهة البنوة ، وهى الابن ، وابن الابن . وإن نزل ما دامت لا تتوسط بينه وبين المتوفى أنثى ، والذكور فى هذه الجهة يكونون عصبات بأنفسهم ويعصبون النساء اللائى يكن فى طبقتهم أو أعلى منهم ، إن احتجن إليهم ، على ما بينا فى أحوال بنات الابن .

الجهة الثانية — جهة الأصول ، وهى الذكور من الأصول الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، فتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا وليس فى هذه الجهة عصبة بغيره قط .

الجهة الثالثة — جهة الأخوة ، وهى فروع الأب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، والذكور عصبة بأنفسهم ، والإناث لا يكن عصبة بالغير من هذه الجهة إلا الأخت الشقيقة أو لأب ، كما تكونان عصبة مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث .

وتشمل هذه الجهة الإخوة الأشقاء أو لأب وأخواتهم ، على النحو الذى ذكرناه فى أحوالهن ، وتشمل أيضا فروع الإخوة الأشقاء أو لأب الذكور فقط ، فلا تكون بنت الأخ الشقيق أو لأب عصبة قط لا بالغير ولا مع الغير .

الجهة الرابعة — جهة العمومة ، وهى فروع الجد الصحيح الذكور فقط ، مهما علت درجة الجد ، فالعم شقيق الأب أو لأبيه عصبة ، ولكن العمة لا تكون عصبة ، وابن العم الشقيق أو لأب عصبة ، وبنت العم لا تكون عصبة قط ، وذلك لأن العصبة بالغير محصورة فى ذوات الفرض اللائى يكون فى طبقتهن ذكر يكون عصبة بنفسه ، والعمات وبنات الأعمام ، وبنات الإخوة لا يكن عصبة كذلك .

ويلاحظ فى ترتيب درجات جهة العمومة عند تفاوت أصلهم ، وهو الجد الصحيح فى القرب ، أن فروع الجد الأول أقرب درجة من فرع الجد الذى يليه ، مهما نزل أولئك الفروع ، فالعم أخو الأب وفروعه مهما نزلوا أقرب درجة من العم الذى يكون عما للأب وإن قربوا ، لأن الأول فرع للجد الأول ، والعم الثانى فرع للجد الثانى ، وهكذا كل فروع لجد قريب مهما نزلوا أقرب إلى الميت من فروع الجد البعيد مهما قربوا من الجد .

ويلاحظ ذلك عند ترتيب درجات العصبات إن تعددت .

١٤٥ — هذا وإذا كانت العصبة واحدا من أى جهة كان فانه يستحق الباقى وحده ، فإذا كان ابن وحده أو جد وحده ، أو أخ شقيق أو ابن أخ شقيق أو عم لأب ، فإنه يستحق الباقى وحده ، لعدم وجود من ينازعه فى الاستحقاق .

وإذا تعدد العصبات وتعددت جهاتهم فإنهم يقدم من كان من جهة البنوة على غيره ، فإن الابن أولى من الأب ، وتتقدم جهة الأبوة على جهة الأخوة ، فيقدم الأب على الإخوة وأبنائهم ، والجد الصحيح على أبناء الإخوة . وقد استثنى من حكم هذه القاعدة حال الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب على النحو الذى بيناه فى موضعه ، فإنهم يشاركون فى التعصيب بشرط ألا يقل عن السدس ، على ما هو المعمول به الآن ، وكما شرحنا .

وإذا تعددوا وكانوا من جهة واحدة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد والأخ لأب على ابن الأخ الشقيق ، والعم لأب على ابن العم الشقيق ، وتتقدم الأخت ، ولو لأب إن كانت عصبة مع الغير على ابن الأخ وإن كان شقيقا ، ويقدم فروع الجد الأول مهما نزلوا على فروع الجد الثانى ، مهما علوا ، لأنهم أقرب درجة كما نوهنا .

وإن اتحدت الجهة ، واتحدت الدرجة قدم الأقوى قرابة ، والأقوى قرابة هو من تكون قرابته لأبوين ، فإنه يكون أقوى ممن تكون قرابته لأب واحد ، فالأخ الشقيق أقوى قرابة من الأخ لأب ، فيقدم عليه ، وابن الأخ لأب ، والعم الشقيق يقدم على العم لأب ، وأبناؤها كذلك يكون الترتيب فيما بينهم ، وإن تعدد العصبات ، وكانوا جميعا من جهة واحدة ، وفى درجة

واحـــدة ، وقوة قرابتهم واحـــدة ؛ كانوا جميعا مستحقين ؛ إذ لا تفـــاوت بينهم ، ولا وجه لترجيح أحـــدهم على الآخر • فيكونون فى التعصيب سواء •

ويلاحظ أنهم إذا كان فيهم إناث استوفين شروط التعصيب كن عصـــبة بالغير على أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين(٨٠) •

ويجب أن يلاحظ أن العصبة يأخـــذون دائما الباقى بعـــد أصحاب الفروض ، فإن لم يبق شىء بعـــد أصحاب الفروض لا يأخـــذ العصبة شيئا كما هو ثابت فى كل المسائل التى فيها عول ، والتى لا عول فيها ؛ فإذا كان فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب ، فإنه لا يكون للأخ لأب وأخته شىء لأنهما عصبة ولم يبق شىء •

---

(٨٠) الإرث بالتعصب النسبى بينته بعمومه المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨، ١٩ ، ٢٠ وهـــذا نصها : مادة ـــ ١٦ ـــ إذا لم يوجـــد احـــد من أصحاب الفروض ، أو وجـــد • ولم نستغرق الفروض التركة ، كانت التركة ، أو ما بقى منها بعـــد الفروض للعصبة من النسب ، والعصبة من النسب ثلاثة أنواع : (١) عصبة بالنفس • (٢) وعصبة بالغـــير • (٣) وعصبة مـــع الغـــير •

مادة ١٧ ـــ للعصبة بالنفس جهات أربع ، مقـــدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل • (٢) الأبوة وتشمل الأب والجـــد الصحيح وان عـــلا • (٣) والاخوة وتشمل الاخوة الأبوين ، والإخـــوة لأب ، وأبناء الأخ لأبوين ، وابناء الأخ لأب ، وإن نزل كل منهما • (٤) والعمومة وتشمل اعمام الميت وأعمام أبيه • وأعمام جـــده الصحيح ، وإن علا ، سواء أكانوا لأبوين ام لأب ، وابناء من ذكروا ، وابناء أبنائهم وإن نزلوا •

مادة ١٨ ـــ إذا اتحـــدت العصبة بالنفس فى الجهـــة كان المستحق للأرث أقربهم درجـــة إلى الميت ، فإن اتحـــدوا فى الجهة والدرجـــة كان التقـــدم بالقوة ، فمن كان ذا قرابتين للميت قـــدم على من كان ذا قربة واحـــدة • فإذا اتحـــدوا فى الجهـــة والدرجة كان الإرث بينهم على السواء •

مادة ١٩ ـــ العصبة بالغير هن : (١) البنات مع الأبناء • (٢) بنات الابن وإن نزل مع ابناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم يرثن بغير ذلك • (٣) الأخـــوات لأبوين مع الإخـــوة لأبوين ،والأخوات لأب مع الإخوة لأب ، ويكون الإرث بينهم فى هـــذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين •

مادة ٢٠ ـــ العصبة معالغير هن : الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن ، وإن نزل ، ويكون لهن الباقى من التركة بعـــد الفروض ، وفى هـــذه الحال يعتبرن بالنسبة لباقى العصبات كالإخـــوة لأبوين ، أو لأب ، ويأخـــذن احكامهم فى التقـــدير بالجهة والدرجة والقوة •

كما أنه إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أخذ العصبة التركة كلها .

ويجب أن يلاحظ هنا أنه إذا كانت المسألة المشتركة : وهى تكون إذا وجد مع الإخوة لأم إخوة أشقاء لم يبق لهم شيء ، فإنهم يأخذون باعتبارهم إخوة لأم ، لاشتراكهم فى الوصف ، ويلغى أعتبار الأب فى التوريث تحقيقا للعدالة فى تطبيق النصوص . كما هو رأى عمر وجمهور من الصحابة .

١٤٦ ـ وترتيب العصبات على النحو الذى بيناه هو التطبيق الدقيق لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » :

(أ) فإنك ترى أن جهة البنوة قدمت على غيرها . لأنهم أجزاء المتوفى . فهم شخصه ، أو كشخصه ، وتابعون له تبعية الفرع للأصل ، وكأنه إذا ذكر فقد ذكروا ، ومثل هذا فى المحسوسات الأرض والشجر ، فإنه يكون تبعا لها بحيث إذا ذكرت دخل فى مضمونها ، وإن لم ينص عليه : وكمثل الشجر والثمر إذا ذكر الشجر دخل الثمر فى مضمونه . وهكذا كل شيء يعد جزءا من شيء آخر ، يعتبر فى مضمونه ومحتواه يدخل عند ذكره من غير نص ، ويكون قريبا من هذا فى الاعتبار حال الأبناء مع آبائهم ، لأنهم أجزاء منهم ، فهم وإن انفصلوا عنهم فى الوجود ، لم ينفصلوا عنهم فى الصلة بالنفس والعرق . فكانوا أولى الناس بمالهم وخلافتهم فيه ، وإن الناس جروا على اعتبار الابن غنيا بغنى أبيه وأمه وجده ، فكان مالهم له ، وهو كأشخاصهم .

ولهذا قدم الأبناء على الأب والأجداد فى التعصيب لأن الأب ليس جزء الابن ، فلا يشتمل الابن عليه ، كما يشتمل الأب على ابنه . وإن الأب أقرب الناس إليه ولده ، وأن الله سبحانه وتعالى قدم الأولاد فى التعصيب على الأصول على غيرهم من الحواشى فلأن الحواشى طريق اتصالهم بالميت إنما هو ذكر أن حق الأبوين مع الأولاد السدس : فقال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » .

فكانت أولوية الفروع على الأصول ثابتة بالعقل والنقل ، أما تقديم الأصول فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ثم عن طريق أولئك الأصول ، فالإخوة اتصلوا بالميت عن طريق الأب . والأعمام اتصلوا بالميت عن طريق الجد ، ثم الأب . وهكذا تتفاوت درجات اتصالهم بالميت بمقدار قربهم من الأصل الذى يتصلون به ومقدار قرب الأصل الذى

يوصلهم به . وإذا كان اتصالهم بالميت عن الأصل ، فإنه بتطبيق القاعدة الفقهية المقررة أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث يكون الأصول أولى من الحواشي جميعا ، وإن تطبيق هذه القاعدة على ذلك النحو الدقيق جعل جمهور الفقهاء يشركون الإخوة الأبوين والأب مع الجد الصحيح ، لأنهم لا يدلون به ، بل يدلون بالأب وحده .

وهناك وجه آخر لتقديم الأصول على الإخوة والأخوات وأولادهم هو أن ميراث أولئك ميراث كلالة ، كما عبر القرآن الكريم عن ميراث الإخوة والأخوات والكلالة هو الميت الذى ليس له أصل ولا فرع ، فهو قد ذكر ميراثهم فى حال عدم وجود الأصل والفرع ، فحيث وجد الأصل أو الفرع فلا ميراث لهم ، فالأصول بهذا مقدمون على الحواشى ، والذين ورثوا الإخوة والأخوات ولم يعتبروا الجد حاجبا نظروا إلى إدلاء كل منهما بالأب على ما بينا ، ولم يعتبروا من الكلالة عدم وجود الجد ، ولذلك ورثوا الإخوة معه ، وذلك لنص القرآن على ميراثهم ، وعدم نصه على ميراثه .

وليس لأبناء الإخوة ذلك النظر ، لأن القرآن لم ينص على ميراثهم ، فبقى إعمال الحديث : وهو إعطاء أقرب رجل ذكر ، ولا شك أن الجد الصحيح أقرب فى نظر الناس ، وفى أحكام الشارع كلها من ابن الأخ ، ولو كان شقيقا ، فله ولاية شرعية على حفيده ، وليس لابن الأخ ولاية مالية إلا باقامة الأب أو القاضى .

وتقديم جهة الأخوة على جهة العمومة لسببين :

أحدهما — أن جهة الإخوة ثابت ميراثها بالقرآن ، لأنها تابعة لميراث الكلالة ، وميراث الكلالة ثبت بالقرآن الكريم ، أما ميراث الأعمام فلم يثبت بهذا النص المحكم المقطوع به فى سنده ودلالته .

والسبب الثانى — أنهم أقرب إلى الميت ، لأنهم جزء الأب بخلاف الأعمام فهم جزء الجد ، والأب بلا ريب أقرب من الجد ، فكان قربهم مشتقا من قرب من يدلون به .

والأعمام فيما بينهم مرتبون هم وأبناؤهم ذلك الترتيب ، فالذين يدلون إلى جد قريب أقرب من الذين يدلون إلى جد بعيد ، ويعتبرون هم وفروعهم جهة فى العمومة أولى من أولاد الجد الذى يليه وفروعه ، وهكذا .

هـذا بيان وجـه الأولوية أو القرب فى الجهات بعضها مع بعض • أما الترتيب بين آحاد الجهة الواحـدة من حيث التقـديم بقرب الدرجه ، ثم قـوة القرابة ، فالسبب فى تقـديم الدرجة أن صاحب الدرجة القربى يكون هـو الذى أدلى به صاحب الدرجة البعيدة ، أو يكون فى طبقته : والأول تنطبق عليه قاعدة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجوده ، والثانية تثبت الأولوية بالقياس لأنه يكون مثل من يدلى به صاحب الدرجة البعيدة وشريكه فى التعصيب إن لم يكن سواهما أولى منهما ، فيثبت له ما يثبت لشريكه فى حجب من كان يحجبه •

وأما قوة القرابة ، فلأنها تكون سببا فى قوة الاتصال . وقـوة الاشتراك فى المصالح ، وهى كذلك فى نظر الناس • فالشقيق فى قـوة الاتصال الطبعى ، وعند النـاس أقرب ممن يكون لأب ، فكان كذلك فى نظر الشارع • والله سبحانه وتعـالى أعـلم •

المـيراث بوصـفين

١٤٧ – بينا أصحاب الفروض واستحقاقهم واحـدا واحـدا ، وبينا العصبات وجهاتهم ، والترتيب بين درجات استحقاقهم ، وهـذه أحكام تنطبق على من يتحقق فيـه الوصف الموجب للاستحقاق فيها . وقـد يوجـد شخص يتحقق فيـه وصفان ، وكلاهما موجب للاستحقاق ، فقـد يكون الزوج هـو ابن العم • فيكون فيه وصف الزوجية الموجب للاستحقاق بالفرض ، ووصـف العمومة المسوغ للاستحقاق بالتعصيب فى درجته • وقـد يكون اخ لام هـو ابن عم ، فيكون فيه الاستحقاق بالفرضية من ميراث الكلاله ، ويكون فيه وصف العمومة ، فهل يرث بالوصفين إن كان كلاهما يوجب الميراث ؟

المقرر عند الفقهاء أنه إذا اختلفت جهة التوريث ، بأن كان سبب التوريث يختلف ، لتغاير الوصفين واعتبار الشارع كل واحـد منهما سببا للميراث كالأمثلة السابقة ، فإنه يرث بالوصفين ، فيكون الشخص الواحـد وارثا بالوصفين معا ، لأن اختلاف الوصفين الموجبين للتوريث جعله كشخصين مختلفين لتغـاير السبب الموجب فى الوصفين ، فيرث الزوج بفرضية الزوجية ، ويرث البـاقى بالتعصيب ، وإذا كان المتوفى ترك أخا لأم هـو ابن عمـه ، وأما وأختا شقيقة ، فإنه يرث السدس بوصف كونه أخا لأم ، ويرث الباقى باعتباره عصبة إذا لم

يكن عصبة سواه . وعلى ذلك يأخذ السدس فرضا ، وتأخذ الأم مثله ، والأخت الشقيقة النصف . فيكون سدس آخر ؛ فيستحقه بوصف كونه عصبه .

والسبب واضح فى تعدد الاستحقاق على هذا الوجه . لأن الوصفين متغايران وكل واحد منهما يصلح سببا منفردا ، فعند اجتماعهما لا يلغى ما كان يوجبه كل واحد على الانفراد فيرث بالجهتين .

١٤٨ — وعلى ذلك إذا تعددت القرابة مع بقاء الوصف الموجب للميراث لا يتعدد سبب الاستحقاق ، وذلك كما فى الجدات ، فان الجدات إذا تعددن اشتركن فى السدس ، ولا يتعدى نصيب جدة لتعدد طرق قرابتها ، كان تكون هناك ام أم أم هى أم أم أب وأم أبى أب ؛ فإن السدس يقسم بين الاثنتين مناصفة . ولا يقسم ثلاثا . فلا تأخذ التى تعددت طرق قرابتها إلا نصيب جدة واحدة . ولا تأخذ نصيب جدتين خلافا للإمام محمد رضى الله عنه كما نوهنا .

والفرق بين هذه الحال والحال التى يرث فيها الوارث بالوصفين المتغايرين أن تعدد الجهة جعل الوصفين الموجبين لميراث متغايرين ، فالزوجيه غير العمومة والأخوة لأم غير العمومة ، وكل منهما وصف موجب للتوريث ، ولا سبب يوجب إلغاء أحدهما ، فيرث بالجهتين ، أما حال الجدات . فإن تعدد طرق القرابة لا يأتى بوصف جديد موجب للتوريث ؛ إذ هى ترث بوصف كونها جدة واحدة مهما تعددت قرابتها . لأن التعدد لا يغير الوصف .

ولكن الإمام محمدا رضى الله عنه ، اعتبر تعدد القرابة كتعدد الجهات والفرق بينهما ما بينا .

١٤٩ — ولقد تكلم الفقهاء على تعدد الجهات بالنسبة لغير المسلمين ، فقالوا إنها توجب الاستحقاق ما دام التعدد أوجب وصفين موجبين للميراث متغايرين كل منهما يوجب الاستحقاق بالانفراد ، فيرث بالوصفين ولو كان السبب الموجب للتعدد محرما عند المسلمين ما دامت ديانتهم تبيحه ، فلو تزوج مجوسى أمه ، فأعقبت منه بنتا ، فإنها ترث من أمها بالوصفين بوصف كونها بنت ابن وبوصفها بنتا . فتأخذ بالثانى النصف ، والأول السدس ، تكملة للثلثين لأن الوصفين يوجب كل منهما استحقاقا منفردا عن استحقاق الآخر ، فترث بالوصفين . وهذا رأى عمر وعلى وابن عباس وبه أخذ الحنفية .

وروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ؛ أنها لا ترث بالوصفين وإنما ترث بوصف واحد ، ويختار له أثبت القرابتين ما دامت الجهة لم تتعدد كما فى المثال السابق ، ويختار فى المثال السابق ميراثها بالنصف ، لأنه أثبت القرابتين .

هذا إذا تعددت الجهة فإن الاستحقاق يتعدد كما هو جار بين المسلمين لأن الجهة حيث تغيرت ، فقد تغير سبب الاستحقاق ؛ أما إذا تغير الوصف من غير أن تتغير الجهة ، فإن الاستحقاق واحد ، ويختار من أحد النصيبين أقواهما .

الحجب

١٥٠ — ذكرنا الحجب فى كل مسألة من مسائل أصحاب الفروض فبينا أحوال الحجب عند بيان أحوال المستحقين للفروض الشرعية المقدرة ، وبينا عند بيان العصبات طرائق التقديم والتأخير ، وبذلك تتبين أحوال الحجب فيها أيضا .

والآن نبين الضوابط العامة للحجب ، ونشير إلى تطبيقها ، ونسرد عدد المحجوبين . وقبل أن نذكر ذلك نعرف الحجب ، ونميز أقسامه فنقول :

من قام به سبب الإرث فهو أقسام أربعة :

الأول — مستحق النصف كاملا لا ينقص ، كالبنت عند انفرادها : فإنها تستحق النصف ، وما دامت منفردة فلا يوجد من ينقص نصيبها ، وهذا القسم هو الذى قام به سبب الإرث ، وانتفت فيه موانعه ، أى لم يكن مانع من موانع الإرث التى ذكرناها فى صدد كلامنا ، وكانت حاله مع الأوصاف القائمة التى قيد بها لا يؤثر فيها وارث آخر .

والقسم الثانى — من قام به سبب الإرث . وقام به مانع من موانع الإرث كأن يكون قاتلا ، أو يختلف الدين ، وأحدهما مسلم ، أو تختلف الدار على النحو الذى بيناه آنفا ، وهذا يعتبر فى حكم المعدوم ، لا يرث شيئا ولا يؤثر فى نصيب غيره بحال من الأحوال . فإذا كان للمتوفى ابن قاتل أو غير مسلم ، فإنه يكون كالمعدوم ، لا ينقص نصيب الزوجة ، ولا نصيب الزوج ، ولا نصيب الأم ، ولا يمنع الأب من التعصيب ولا يحجب الإخوة والأخوات . وهكذا ،

وذلك إذا كان للمتوفى إخوة قام بهم مانع من موانع الميراث فإنهم لا يؤثرون فى نصيب الأم فينقلونه من الثلث إلى السدس ويشاركون الجـد •

ويسمى من كان على هـذه الشاكلة ممن قام به سبب الإرث ووجـد مانع ممنوعا أو محروما ، وتسمى حاله حال حرمان أو حال منع •

القسم الثالث — ورثة قام بهم سبب الإرث ، وانتفى المـانع ، بأن لم يوجـد بهم مانع من موانع الإرث مطلقا ، ولكن وجـد من هـو اولى منهم بالميراث ، فلم يأخـذوا معـه شيئا كالجـد ، عند وجود الأب ، والأخ لاب عند وجود الأخ الشقيق ، وبنت الابن عند وجود بنتين من غير أن يوجـد من يعصبها ، وابن الابن مع الابن ، والجـدة عند وجود الأم ، والجـدة البعيدة مع الجـدة القريبة ، وغير ذلك ، وهؤلاء يسمون محجوبين حجب حرمان ، ولا يسمون محـرومين •

والفرق بين هـذا الحجب والحرمان — أن الحرمان يوجـد فيـه سبب التوريث ، ولا تنتفى موانعـه ، أما الحجب فانه يوجـد فيـه سبب التوريث ، وتنتفى موانعـه ، ولكن يوجـد من هـو أولى بالميراث منه ، لأن الاستحقاق فى الميراث لـه درجات ، ولا يستحق أهـل درجـة ما دام أهـل الدرجة التى تسبقها على قيد الحياة •

القسم الرابع — من قام به سبب الإرث ، وانتفت موانعـه ، ولم يكن من هـو أولى منه ، ولكن وجـد من اقتضى وجوده تعـديل الأنصبة ، فانتقص نصيبه وانتقل من الأكثر إلى الأقل ، كأحـد الزوجين مع الفرع الوارث ، والأم مع الفرع الوارث أو الجمع من الإخوة ، والأم مع أحـد الزوجين ، والاب فى المسألة الغراوية ، فإن وجود بعض الورثة أثر فى انصـبة بعضهم ، وجعلهم يأخـذون الأقل بدل الأكثر ، ويسمى الذين نقصت أنصبتهم محجوبين حجب نقصان ، والفرق بينه وبين حجب الحرمان واضح فى حقيقته ، وفى سببه ، أما الحقيقة فهى أن حجب الحرمان لا يأخـذ فيه المحجوب شيئا ، وحجب النقصان يأخـذ فيه ، وأما السبب فهو أن حجب الحرمان يكون فى الورثة من هـو أولى بالاستحقاق من المحجوب ، وأما حجب النقصان فيكون من الورثة من اقتضى وجـوده تعـديل التقسيم •

١٥١ — من هـذا تتبين حقيقة الحجب ، وتتميز أقسامه ، والآن نبين

الأصول الفقهية التى بنى عليها الحجب ، فنذكر القواعـد التى يقوم عليها ، وقـد كنا نشير إليها فى أثناء بيـان الحجب فى مواضعه على شكل علة لـه ، والآن نجعل بيانها نضبطها ، وها هى ذى :

القاعـدة الأولى للحجب ـ أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب حجب حرمان عند وجـود ذلك الوارث ، لأنه حيث اجتمع الوارث ومن يدلى بسببه ، كان هـو أولى بالميراث منه ؛ لأنه أقرب إلى الميت ، ولأن البعيد إنمـا اتصل بالميت بسبب ذلك القريب ، ولقيامه مقامه ، وحيث وجـد الأصل لا يستحق من كان بدلا عنـه .

وإن هـذه القاعـدة تسرى على العصبات من غير استثناء ، فالأب يحجب الجـد ، والأخ الشقيق يحجب ابنـه ، والابن يحجب ابنـه ، ويحجب ابنته ، والعم يحجب ابنه ، وهكذا .

وتسرى هـذه القاعـدة أيضا على كثير من أحوال أصحاب الفروض ، فالأب يحجب الجـد فى فرضه ، والأم تحجب أم الأم ، ولا تسرى هـذه القاعـدة فى بعض أحوال أصحاب الفروض ، كأولاد الأم بالنسبة للأم ، فإنهم يرثون مع وجودها ، بل يحجبونها حجب نقصان إذا تعـددوا ، ويحجبهم الأب والجـد مع أنهم لا يدلون بهم ، لأن النص قيـد ميراثهم بأن يكون الميت كلالة ، ليس لـه والـد ولا ولـد .

ولكى تكون قاعـدة الإدلاء مطردة لا تقبل التخلف ؛ ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ثم يستثنون تكون هكذا : كل من يرث بوصف واستحقاق معين يحجبه من يدلى به إذا كان يرث بذلك الوصف وهـذا الاستحقاق ، وبذلك تكون القاعـدة جامعة مانعـة .

القاعـدة الثانية ـ أن الأقرب يحجب الأبعـد إذا كان يستحق بوصفه ونوعه وهـذه القاعـدة أعم من القاعـدة السابقة ، لأنها تشمل البعيد الذى يدلى بأقرب منه ، ومن لا يدلى به ؛ وعلى مقتضى هـذه القاعـدة يحجب الابن ابن الابن ، ولو لم يكن أباه ، والبنتـان تحجبان بنت الابن فى الاستحقاق بالفرض ، والأخ يحجب العم ، وإن كان هـذا لا يدلى به ، والأم تحجب الجدة ، والقربى تحجب البعـدى من الجـدات ، وإن كانت لا تدلى بها ، وهكذا فى كل الأحـوال التى يكون فيها أقرب يستحق قـدرا بوصف يحجب الأبعـد الذى

يستحق ذلك القــدر بهــذا الوصف ، وهــذه القاعــدة تتحقق فى العصــبات وأصحاب الفروض على ســواء .

القاعــدة الثالثة ــ أن الأقوى قرابة يحجب الأضعف منه ، فالأخ الشقيق يحجب الأخ الأب ، والأخت لأب لا تأخــذ النصف مــع وجود الأخت الشقيقة ، وهكذا فى كل الأحوال التى تتحــد فيها الدرجــة ، وتختلف قــوة القرابه ، فيلاحظ أن هــذه القاعــدة لا تطبق إلا حيث يكون الاشتراك فى الدرجــة وإلا فإن اختلفت الدرجــة اعتبر الحجب بقربها ، ولا تطبق هــذه القاعــدة إلا فى العصــبات .

١٥٢ ــ هــذه هى القواعــد التى تعــد أصوب للحجب فى الميراث وهى تكشف كشفا تاما عن نظــام التوريث فى الإسلام ، والآن نسرد من يحجبون ومن لا يحجبون ، كما جاء فى قانون الميراث ، وإن كنــا قــد بينا حكم كل حــال فى موضــعها .

(أ) قــد بين القانون حجب الجــدات ، فذكر أنهن يحجبن بالأم مطلقــا سواء أكن أبويات أم كن من طريق الأم ، وأن الأب يحجب الأبويات فقط ، وأن أبا الأب يحجب من يدلى به من الأبويات تطبيقا للقاعــدة الأولى التى ذكرناها ، وأن القربى تحجب البعــدى تطبيقا للقاعــدة الثانية[٨١] .

(ب) وبين أيضاً أن أولاد الأم يحجبهم الأصل المذكر ، والفرع الوارث مطلقا مذكرا كان أم مؤنثاً ، وذلك للنص ، لأنه نص على توريثهم مقيدا بأن يكون الميت كلالة ، فهــذا نوع من الحجب ، الأصل فى ثبوته هــو النص الكريم ، لأن الميراث مقيد فيه بقيد ــ فلا يثبت عند تخلف هــذا القيد[٨٢] .

---

(٨١) قــد ذكرت المــادتان ٢٣ و ٢٤ الفرق بين الحجب والحرمان ، وهــذا نصهمــا :

مادة ٢٣ ــ الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ، ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر ، والمحجوب يحجب غيره .

مادة ٢٤ ــ المحروم من الإرث لمــانع من موانع لا يحجب أحــدا من الورثة . وقــد بينت المــادة ٢٥ حجب الجــدات ، وهــذا نصها : « تحجب الأم الجــدة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجــدة القريبة الجــدة البعيدة ، ويحجب الأب الجــدة لأب ويحجب الجــد الصحيح الجــدة الصحيحة إذا كانت أصلا له » .

(٨٢) بينت المــادة ــ ٢٦ ــ حجب أولاد الأم ، وهــذا نصها : « يحجب أولاد الأم كل من الأب والجــد الصحيح ، وإن علا ، والولد وولد الابن ، وإن نزل » .

(جـ) وبين القانون حجب بنات الابن . فذكر أنهن يحجبن بالابن • وابن الابن الأعلى منهن ، وكذلك يحجب بنت الابن البنتان . إذا لم يكن من يعصبهما ، وبنتا ابن أعلى منها ، وأن ذلك تطبيق للقاعـدة الثانية ، وهى أن الأقرب درجة يحجب الأبعـد درجة ، وإذا كان الابن هـو أبا بنت الابن ، فإنه يحجبهـا تطبيقا للقاعـدة الأولى ، وهى قاعـدة الإدلاء(٨٣) •

(د) وذكر القـانون أن الأخت الشقيقة يحجبها الفرع الوارث المذكر وإن نزل ، كما يحجبها الأب . والسبب فى ذلك هـو النص : لأن ميراث الإخوة مشروط بأن يكون الميت يورث كلالة أى ليس هنـاك ابن ولا أب . كمـا فسر جمهور العلماء : والأخت ولو كانت شقيقة تعـد كلالة ، وذلك يقتضى ألا ترث مع وجود الابن أو الأب ، وفوق ذلك الأخت الشقيقة تدلى إلى الميت بالأب واستحقاقها النصف هـو بسبب ذلك الإدلاء • فلا ترث مع وجوده تطبيقا للقاعـدة الأولى •

والأخت لأب تحجب بهـذين الحاجبين للسبب الذى ذكرناه ، وفوق ذلك تحجب بالأخ الشقيق ، لأنه عصبة ، ويحول به ميراث الأخوات الأبوين إلى التعصيب • وهو أقوى قرابة ، فتطبق القاعـدة الأخيرة . وكذلك الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير تحجب الأخت لأب ، لأنها أقوى قرابة . وقـد تحول التوريث إلى حال الاستحقاق بالتعصيب •

والأختان الشقيقتان تحجبان الأخت لأب إن لم يكن من يعصبها ، لأنه إن لم يكن من يعصبها ، فالميراث بالفرض : والأخت الشقيقة أولى به منهـا لقـوة قرابتها ولم يفضل شىء من الثلثين اللذين اختص بهمـا الأخوات فلا ترث(٨٤) •

---

(٨٣) بينت المـادة ـــ ٢٧ ـــ من يحجب بنات الابن ، وهـذا نصها : « يحجب كل من الابن ، وابن الابن وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضا بنتا ابن اعلى منها درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقا لأحكام المـادة ١٩ .

(٨٤) بينت المـادة ـــ ٢٩ ـــ حجب الأخوات لأب وهـذا نصها : « يحجب الأخـت لأب كـل من الاب ، والابن وابن الابن ، وإن نزل ، كمـا يحجبهـا الأخ لأبوين ، والأخت لأبوين ، إن كانت عصبة مع غيرها ، طبقا لحكم المـادة ـــ ٢٠ ـــ والأختان لأبوين إذا لم يوجـد اخ لأب » .

الـــــرد

١٥٣ – هـذه هى الدرجـة الثالثة فى توزيع الميراث ، وهى تكون إذا لم يكن عصبات من النسب ولم تستغرق الفروض التركة كلها ، فهو ضـد العول ؛ وفى هـذه الحال يقسم الباقى على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .

وليس كل أصحاب الفروض درجة واحـدة فى الرد ، فالزوجان لا يرد على أحـدهما مع غيرهما من أصحاب الفروض ، بل الرد – أولا – يكون على أصحاب الفروض غير الزوجين ؛ فإن لم يكن أحـد من أصحاب الفروض غيرهما قط ، ثم لم يكن أحـد من ذوى الأرحام ، وهم أقارب المتوفى الذين لم يكونوا أصحاب فروض ولا عصبات ، ففى هـذه الحال يكون الرد على أحـد الزوجين .

وعلى ذلك يكون للرد مرتبتان : (إحـداهما) الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين . ويكون ذلك إذا لم تكن عصبات ، والفروض لم تستغرق التركه (والمرتبه الثانيه) الرد على الزوجين ، وتكون هـذه إذا لم يكن للمتوفى أحـد من أقاربه قط . لا أصحاب فروض ولا عصبات ، ولا ذوو أرحام ؛ ففى هـذه الحال يرد على أحـد الزوجين . لأن الصله بينهما وبين المتوفى أقوى من ولاء العتاقة ، كما هـو مذهب القانون .

وعلى ذلك إذا كان المتوفى قـد ترك أما ، وأختا شقيقة ، فإن الفروض لا تستغرق التركه ، ويرد الباقى على الأم ، والأخت الشقيقه ، بنسبة ثلث إلى نصف أى يقسم على خمسة . تستحق الأم اثنين منها ، والأخت ثلاثا .

وإذا كان المتوفى قـد ترك زوجـة ، وبنتا . وبنت ابن ، فإنه لا يرد على الزوجه ، ولكن الباقى بعـد هـذه الفروض يرد على البنت وبنت الابن ، بنسبه سـدس إلى نصف ، أى يقسم الباقى اربعة أقسام يكون لبنت الابن واحـد ، وللبنت ثلاثة ، وفى كل هـذا ترى احـد الزوجين لا يرد عليه ، لأنه ما دام معه أحـد أصحاب الفروض غيره ، أو أحـد من ذوى الأرحام ، فلا يرد عليه .

١٥٤ – والمسائل التى تشتمل على الرد قسمان :

أحـدهما : أن يكون أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، وفى هـذه الحال تقسم عليهم التركة من أول الأمر بنسبة فروضهم ، فإذا كان للميت أم وأخت

شقيقة وأخت لأب ، فإن الأم تأخذ السدس ؛ والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت لأب تأخذ السدس ، ويكون أصل المسألة ستة، فيكون للأم واحد ، وللأخت لأب مثله ، ويكون للأخت الشقيقة ثلاثة . فيكون مجموع السهام خمسة(٨٥) فإذا كانت التركة ١٠٠ فدان قسمت على خمسة ؛ وتستحق الأم على هذا عشرين فدانا ، والأخت لأب مثلها ، والشقيقة ستين فدانا .

وإنما قسمت التركة من أول الأمر على عدد السهام ، للاختصار ، والنتيجة لا تتغير عما إذا أخذت أولا الفروض المقدرة ، ثم قسم بعد ذلك الباقى بنسبة الفروض .

القسم الثانى من المسائل المشتملة على الرد : أن يكون فى المسأله ذوو فروض يرد عليهم ، وأحد الزوجين لا يرد عليه .

وفى هذه الحال نسلك لحل المسألة إحدى طريقتين :

أولاهما — الطريقة المعتادة ، وهى أن يستخرج أصل المسألة من مخارج الفروض ؛ فيكون الأصل أقل عدد يقبل القسمة على مخارج هذه الفروض ، ثم يبين ما يستحقه كل فرض من سهام الأصل ، وما بقى من السهام يقسم على أصحاب الفروض النسبية ، وهى فروض غير الزوجين بنسبة سهامهم ، ثم تقسم التركة على أصل المسألة ، فإذا كان المتوفى قد ترك ورثة هم زوجته ، وأمه وأخوان لأمه فإن الأم تستحق السدس لوجود جمع من الإخوة ، والأخوين يستحقان الثلث ، والزوجة تستحق الربع ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — تأخذ الزوجة منها — ٣ — وفرض الأم — ٢ ، وفرض الأخوين — ٤ — فيكون الباقى ثلاثة ترد إلى الأم والأخوين بنسبة — ٢ — إلى — ٤ — أو — ١ — إلى — ٢ فيكون للأم من الباقى — ١ — يضاف إلى ما كان لهما من أصل فرضهما . فيكون مجموع سهامهم — ٦ — ، ثم تقسم التركة ، ولتكن ٢٤٠ ف على أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض ما يساوى مجموع سهامه ، وفى هذه الطريقة عيب لمظنة الخطأ ، لأن أصل المسألة قد يكون كبيرا ، وقد تحتاج إلى تصحيح ، فتزيد الأرقام وتكثر ، وفى كثرتها تكون مظنة الخطأ .

---

(٨٥) بينت الرد المادة ٣٠ وهذا نصها : « إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبة من النسب رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض ، بنسبة فروضهم ، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد من أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد من ذوى الأرحام » .

الطريقة الثانية — وهى التى يتبعها الفرضيون ، ولا تزيد فيها الأرقام وهى التى نوصى باتباعها : وفى هـذه الطريقة لا يجعل أصـل المسألة هو أصغر عـدد يقبل القسمة على مخارج الفروض ، بل يجعل أصـل المسألة هو مخرج نصيب أحـد الزوجين ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب أحـد الزوجين ففى المسألة السابقة ، وهى أن يكون الورثة زوجة ، وأما ، وأخـوين لأم ، يكون للزوجة الربع ، وللأم السدس وللأخوين لأم الباقى ، كما ذكرنا . ويجعل أصل المسألة هو — ٤ — وهو مخرج نصيب الزوجة ، وتعطى الزوجـة الربع — ١ — والباقى وهو — ٣ — تقسم بين الأم والأخوين بنسبة سدس إلى ثلث ، أى بنسبة — ١ — إلى — ٢ — فيكون للأم — ١ — من الثلاثة الباقية ، وللأخوين — ٢ — وتقسم التركة على ٤ ، ولتكن ١٢٠ ف فتختص الزوجة بثلاثين ، والأم بمثلها والأخوان بستين فـدانا .

وفى هـذه المسألة كان الباقى من السهام بعـد نصيب أحـد الزوجين يقبل القسمة على نسبة الفروض التى يرد عليها ، وأحيانا لا يقبل ذلك الباقى القسمة على هـذه النسبة ، فيصحح أصـل المسألة ، ليكون قابلا للقسمة عليها . ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(أ) إذا توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، وتركت تركة قدرها ثمانون فـدانا . فإنه يستحق الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس فيكون فى المسألة رد على غير الزوج ، فيجعل أصل المسألة هـو مخرج نصيب الزوج — ٤ — يأخـذ الزوج منها — ١ — وتقسم الثلاثة الباقية بنسبة سدس إلى نصف أى بنسبة — ١ — إلى — ٣ — أى تقسم الثلاثة على أربعة ، وهى لا تقبل القسمة عليها فيصحح أصل المسألة بضربها فى — ٤ — فصير الأصل الصحيح — ١٦ — يأخـذ منه الزوج — ٤ — والباقى يكون — ١٢ — تقسم على أربعة فتأخـذ البنت — ٩ — وبنت الابن — ٣ — وتقسم التركة ، وهى ثمانون فـدانا على — ١٦ — يختص الزوج منها بعشرين ، والبنت بخمسة وأربعين ، وبنت الابن بخمسة عشر فـدانا .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وجـدة صحيحة ، وأخت شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الربع ، والجـدة تستحق السدس ، والأخت النصف ، فيكون فى المسألة رد على الجـدة والأخت ، ويجعل أصل المسألة مقام الكسر الذى يبين نصيب الزوجة ، فيكون أصل المسألة — ٤ — تأخـذ منها الزوجة ١ — ويقسم

الباقى وهــو ــ ٣ ــ على الجــدة والأخت بنسبة سدس إلى نصف . أى بنسبة ــ ١ ــ ٣ ــ أى على أربعة : وهــو لا يقبل القسمة على أربعة • فيصحح الأصل بالضرب فى أربعة ، فيكون الأصل المصحح ــ ١٦ ــ فإذا كانت التركة ١٦٠ ف فإنها تقسم عليه ويكون للزوجة ٤٠ ف لأن لها أربعه أسهم ؛ والجــدة ــ ٣٠ ــ لأن لهــا ثلاثة ، والأخت ــ ٩٠ ــ ف لأن لهــا تسعة أسهم •

(جـ) وإذا توفى شخص عن :

زوجة ، وبنت وبنت ابن ، وأم ، وترك تركة قــدرها ٨٠ ف ، فإن الزوجة تستحق الثمن والبنت النصف • وبنت الابن السدس • والأم السدس • ويكون فى المسألة رد على ما عــدا الزوجة ، فيكون أصل المسألة ــ ٨ ــ تأخــذ منها الزوجة ــ ١ ــ ويقسم الباقى وهو ــ ٧ ــ على البنت ، وبنت الابن ، والأم • بنسبة نصف ، وسدس وسدس ، أى بنسبة ــ ١ ــ إلى ــ ١ ــ إلى ــ ٣ ــ أى يقسم على خمسة ، ولكن العــدد ــ ٧ ــ لا يقبل القسمة على ــ ٥ ــ فنضرب أصل المسأله وهو ــ ٨ ــ فى ــ ٥ ــ فيكون الأصل المصحح ــ ٤٠ ــ تستحق الزوجة منها ــ ٥ ــ والباقى يقسم على ــ ٥ ــ يكون الناتج ــ ٧ ــ وتأخــذ البنت ــ ٢١ ــ وبنت الابن ــ ٧ ــ وتستحق الزوجة على هــذا من الأطيان ١٠ ف . والبنت ٤٢ ف ، وبنت الابن ١٤ ف • والأم ١٤ ف •

١٥٥ ــ هــذا الرد ، كما جاء به القانون ، وهــذه طريقة حــله التى يقررها الفرضيون ، قــد بيناها وشرحناها . والآن نبين فقــه الموضوع ، وما اختاره القانون ، وما تركه • فنقول :

اختلف الصحابة بشأن الرد على ذوى الفروض ، على نحو خمسة أقوال :

١ ــ فقال عبد الله بن مسعود أنه يرد على كل أصحاب الفروض ما عــدا الزوجين ، والأخت لأب ، إن كان نصيبها السدس • وبنت الابن إن وجــدت بنت صلبية ، وأولاد الأم ، والجــدات • وذلك لأن الرد لا يثبت إلا للأقوى من أصحاب الفروض الذين لم يحــدد لهم نصيب بعينه فى القرآن لا يقبل التخلف ، وذلك كالبنت ، والأم ، والأخت الشقيقة ، أو لأب ، إن لم تكن شقيقه وبنت الابن ، إن لم تكن بنت صلبية ، فإن هؤلاء لهم قــوة فى الفرضية بالنسبة لغيرهم ، وأنصبتهم قابلة للتغير ، والانتقال إلى غير الفرضية ، أى إلى التعصيب أو ما يشبهه • فإن الأم تنتقل إلى ما يشبه التعصيب ، وعندما يكون الميراث بينها وبين الأب ، وأحــد الزوجين ، ولم يكن من يحجبها ، وعلى ذلك لا يتأتى الرد بالنسبة

للزوجين لأن أنصبتهما لا تقبل التغيير ، ولا يتأتى الرد على الجدة ، لأن استحقاقها ضعيف إذ لم يأت به قرآن كريم • والمأثور السدس فقط فلا يزاد عليه ، وبنت الابن مع البنت فرضها ضعيف لتكميل الثلثين ، فلا يتجاوز ذلك ، وكذلك الأخت لأب مع الأخت الشقيقة •

٢ — وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه : إن أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، لأن العول ينقص أنصبتهم ، وقد جرى العول عليهم جميعا بما فيهم الزوجان والغرم بالغنم ، فحيث يثبت العول يثبت الرد ، ولا فرق بين صاحب فرض وفرض ، ما دمنا لم نفرق بينهما فى العول •

٣ — وقال عبد الله بن عباس فى إحدى الروايتين عنه ، يرد على كل من أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، والجدة ، وذلك لأن هذه الفروض ثابتة بالنص ، ولا وجه للزيادة عليها فلا رد ، لأن الرد زيادة من غير دليل ، فلا يرد عليهم •

٤ — وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه : لا يرد على أحد من أصحاب الفروض ، لأن الرد زيادة على النصوص فقد قدر الله للبنت النصف فاعطاؤها أكثر من النصف زيادة على ما قدر الله سبحانه وتعالى ، وفوق ذلك يكون هذا مصادمة للنص ، لأن الله أعطى البنت مع الابن الثلث ، وجعل الابن يأخذ الكل إن لم يكن سواه ، فإن جعلنا البنت تأخذ الكل إن لم يكن سواها ، فقد جعلناها كالابن ، والشارع لم يجعلها كذلك ، فكان هذا مصادمة لنص الشارع المحكم الذى لا يقبل تبديلا •

٥ — وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه ، إن أصحاب الفروض جميعا يستحقون الرد ما عدا الزوجين ، وذلك لقيام الدليل على استحقاقهم بسبب آخر ، دون الزوجين ، فإنه لا دليل على استحقاقهما الا النص الذى فرض النصف والربع ، والثمن فى أحوالها ، فلا يتجاوز هذا النص ، ولا يزداد عليه من غير دليل ، أما غيرهما من ذوى الفروض فإن الدليل قد قام على استحقاقهم الباقى بالرد ، وهذا الدليل هو :

(أ) قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فإن هذا النص يثبت لذوى الفروض من الأقارب حقا آخر غير الفروض ، ولذلك إذا لم يكن أحد من أصحاب الفرض ، أخذوا الباقى بتلك الأولوية التى نص

عليها كتاب الله سبحانه وتعالى ، وبذلك يكون لهم باقى التركة بمقتضى تلك الأولوية ، ويوزع الباقى عليهم بمقدار نسبة سهامهم بعضها مع بعض .

(ب) ولقد روى أن امرأة أتت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إنى تصدقت على أمى بجارية فماتت ، وبقيت الجارية ، فقال عليه السلام : وجب أجرك ورجعت إليك الجارية فى الميراث ، وما كانت لتستحق الجارية كلها لو لم يكن رد .

(جـ) أن بيت المال إنما يأخذ الضوائع ، ولا يعد ضائعا مال من يموت ، وله أقارب تعد حياتهم امتدادا لحياته ، وقد أثبت القرآن بالنص الكريم خلافتهم ، وبمقتضى هذه الخلافة المقررة الثابته بالنص التى تؤكد أن حياة هؤلاء امتداد لحياة المورث يكونون أولى من بيت المال .

وقد يقول قائل أن الباقى يذهب إلى ذوى الأرحام ، ولكن هذا القول ليس بوجيه ، لأن ذوى الفروض قرابتهم قوية ، وقرابة ذوى الأرحام دون قرابتهم فهم أولى بأن يرد عليهم من الأرحام . إذ المقرر أن ذا القرابة القوية لا يأخذ معه ذو القرابة الضعيفة .

١٥٦ — هذه مذاهب الصحابة فى الرد ، وقد اختار الحنفية رأى على رضى الله عنه ، ومعهم الحنابلة ، وأيدوا اختيارهم بالأدلة التى سقناها .

واختار مالك والشافعى رأى زيد بن ثابت الذى منع الرد بإطلاق من غير تفرقة بين وارث ووارث ، وقد أيد الشافعى اختياره بجملة أدلة منها :

(أ) أن الرد مصادمة لنص القرآن الكريم ، لأنه جعل للأخ الكل ، وللابن الكل وجعل للأخت إذا انفردت النصف ، وكذلك البنت ، فإذا أعطيتها الكل فقد عارضت النص .

(ب) أن الرد لا دليل عليه ، لا من نص ، ولا من قياس ، إذ الأدلة الشرعية إما أن تكون نصا ، وإما أن تكون حملا على النص ، وإذا لم يكن دليل ، وقدمته على بيت المال ، فقد قدمت ما لا نص على استحقاقه ، على ما ثبت بالإجماع والنصوص استحقاقه ، ويقول فى بيان أنه لا دليل على الرد : « ما معنى الرد ؟ أنشىء وجاء بالاستحسان وليس من أصول الفقه فى شىء ، ثم هل لنا أن

نشرع ما لم يشرع الله !! لقـد كان إذن يمكن أن نعطى الجيران ، أو البعيد النسب ، وإلا فلماذا جاز الرد ، ولم يجز هـذا » .

(جـ) أن قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » يرى الشافعى أنها مجملة ، بينتها آية الفرائض ، ولم تأت بحكم جـديد زائد على الفرائض الثابتة بالنصوص ، ولذلك قال ما نصه : « إن الناس توارثوا بالحلف ، ثم توارثوا بالإسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجرا . وهـو أقرب إليه ممن يرثه ، فنزلت الآية وكانت مجملة . بيانها ما جاء فى توزيع الفرائض بين أصحابها » .

ومـع أن الشافعى كان لا يرى الرد تبعا لرأى زيد قـد وجـد من أصحابه من اختار رأى على رضى الله عنه ، وهو المزنى رضى الله عنه ، فرأيه كرأى الحنفية فى أنه يرد على كل اصحاب الفروض ما عـدا الزوجين .

ولقـد جاء بعـد ذلك من الشافعية ، من رأوا الأخـذ برأى المزنى هذا ، إذا لم يكن بيت المـال منتظما بعـدالة الإمام ، وإعطاء كل ذى حق حقه ، وأما إذا كان بيت المـال منتظما ، والعـدالة فيه قائمة ، وكل مال منه يصرف فى مصارفه ، ولا تتحكم فيه الأهواء ، فإنه فى هـذه الحال يؤخـذ بما قرره الشافعى نفسه ، وأن تلك التفرقة بين بيت المـال المنتظم هى الآن القـول الراجح المفتى به فى المذهب الشافعى .

وهـذه التفرقة أيضا هى القول المعتمد المفتى به عند متأخرى المـالكية ، فهم يردون على أصحاب الفروض ما عـدا الزوجين ، إذا لم يكن القـائم على بيت المـال ينفق ماله فى مصارفه ، وقـد علمت أن رأى متقـدميهم هـو رأى زيد رضى الله عنه الذى لا يرد على أحـد من أصحاب الفروض .

١٥٧ — وقانون الميراث سار فى الجملة على مذهب على ، ولكنه اقتبس مـع ذلك من مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه الذى يرد على الزوجين ، وأخر الرد عليهما عن ذوى الأرحام ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« رؤى من المصلحة تقرير الرد على أحـد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ، فإذا لم يوجـد أحـد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبة النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحـد الزوجين ، أخـذ كل التركة فرضـا

وردا لأن صلة الزوجين فى الحياة تقتضى أن يكون لأحـدهما فى هـذه الحالة الحق فى مال الآخر بدلا من المستحقين الآخرين ، واقتصر فى الأخـذ بمذهب عثمان بن عفان ، على ما إذا لم يوجـد مع الزوجين ذو فرض ، أو ذو رحم ، محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقرابته بقسمة ماله بينهم وبين أحـد الزوجين ، قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وكذلك رؤى من المصلحة تقـديم الرد على ذوى الفروض ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحـد الزوجين على غير العصبة من النسب أخـذا برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود .

٤ ـ ذوو الأرحـام

١٥٨ ـ ذوو الأرحام ، وأولو الأرحام معناهما واحـد فى اللغة ، وهم الأقارب الذين تربطهم الأرحام . وتشمل الكلمة بهـذا كل الأقارب مهما تكن درجات توريثهم ، هـذا فى اللغـة وأما فى الاصطلاح ، فذوو الأرحام هم الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ، ولا عصبة ويكونون الأقارب الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى غالبا .

ومرتبتهم فى التوريث بعـد الرد على أصحاب الفروض النسبيين ، فهم فى ميراثهم قـد توسطوا نوعى الرد ، فيقـدم عليهم الرد على غير الزوجين ، ويليهم الرد على الزوجين ، وذوو الأرحام أصـناف أربعة ، تختلف درجاتهم فى الاستحقاق للتركة ، وهـذه أصنافهم ، وهى فى ذكرها بترتيبها فى الميراث :

الصنف الأول ـ فروع الميت الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كبنت بنته وبنت ابن بنته ، وهكذا ، وإن نزلو ذكورا كانوا أو إناثا . وقـد عبر عن هـذا الصنف القانون بأنهم فروع ابنته ، وإن نزلوا ، وفروع بنت ابنـه ، وإن نزلـــوا .

الصنف الثانى ـ الأصول من الرجال ، وإن علوا إن توسط بينهم وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجتهم .

والجـدات اللائى يتوسط بينهن وبين الميت جـد توصله إلى الميت أنثى ، ويعبر عن هـذا الصنف القانون بأنه الجـد غير الصحيح ، وإن علا ، والجـدة غير الصحيحة وإن علت ، وقـد علمت أن الجـد غير الصحيح هـو الذى تتوسط

بينه وبين الميت أنثى ، والجــدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جــد غير صــحيح •

الصنف الثالث ــ فروع الأبوين الذين ليسوا بأصحاب فروض ، ولا عصبة ، وهــذا الصنف يشمل :

(أ) فروع أولاد الأم ذكورا كانوا أو إناثا ، سواء أكانوا فروع الأخ لأم ، أم كانوا فروع الأخت لأم ، لأن أولئك مهما يكونوا ، ليسوا أصحاب فروض ، ولا يعــدون عصبة •

(ب) فروع الأخوات الشقيقات ، أو الأخوات لأب ، مهما نزلوا فابن الأخت الشقيقة ، وبنتها من ذوى الأرحام ، وابن الأخت لأب وبنتها من ذوى الأرحام ، وهكذا كل من يدلى بها ، وذلك لأنه قد توسط بينه وبين الميت أنثى •

(جـ) بنات الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، ومن يدلى بهن ، وذلك لأن بنت الأخ الشقيق ، و لأب لا تعــد من أصحاب الفروض ، ولا من العصبات ومن يدلى بهــا ، كابنها وبنتها ، وقــد توسط بينه وبين الميت أنثى ، فيكون من ذوى الأرحام •

(د) بنات أبناء الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، يكونون من ذوى الأرحام لأنهن لسن من أصحاب الفروض ولا العصبات ، ولأن بنات الإخوة وهن أعلى درجة يعتبرون من ذوى الأرحام ، كما قلنا الأولى من يكون من النساء دونهن درجة ، وكذلك أولادهن •

هــذا هو الصنف الثالث ــ ومن يشتمل عليه من فروع وشعب •

الصنف الرابع ــ وهــو فروع الأجــداد والجــدات الذين لا يعــدون أصحاب فروض ، ولا عصبة ، كالعمة والخالة ، وبنت العم ، وبنت الخال ، وهكذا •

ويلاحظ أن كل فروع الأجــداد والجــدات الذين ليسوا بعصبة يعــدون من ذوى الأرحام مهما علا الجــد أو الجــدة ، غير أنه يعــد فروع الجــد الأول والجــدة الأولى طبقة ، ومن بعــدهم أولادهم ، وفروع الجــد الثانى والجــدة الثانية طبقة وأولادهم من بعــدهم ، وفروع الجــد الثالث والجــدة الثالثة طبقة وأولادهم من بعــدهم ، وهكذا الجــد الرابع والرابعة ومن يليهمــا •

وهكذا ، كل درجة من الجدود تعد طبقة يكون بعدها أولادها ، ثم تكون الطبقة التى تليها ، ولقد عند القانون لهذا الصنف ست طوائف ، وإن كانت فى معناها لا تحصى فى الفروض والتقدير ، فالواقع يحددها بعدد محدود .

والطوائف الست التى ذكرها القانون هى :

(أ) أعمام الميت وعماته ، وأخواله وخالاته ، الأشقاء ، أو لأب ، أى فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبة .

(ب) فروع الذين ذكروا فى الطائفة الأولى ، أى فروع الجد الأول أو الجدة الأولى الذين انفصلوا بأكثر من درجة ، كبنت العم ، وبنت الخال ، فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبة .

(جـ) وفروع الجد الثانى ، والجدة الثانية ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كالعم عم الأب لأمه ، وعمته أخت أبى الأب ، وخال أمه وأبيه ، وهكذا كل من ليس عصبة من هذه الطبقة .

(د) فروع الطائفة الثالثة ، وهم فروع الجد الثانى ، أو الجدة الثانية ، إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة ، كبنت عم الأب ، وبنت خالة الأم ، وهكذا بشرط الا يكونوا عصبات .

(هـ) فروع الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كخال أبى الأب ، وعم أم الأم ، وعمة أبى الأب ، وهكذا .

(و) فروع الطائفة الخامسة ، وهم فروع الجد الثالث والجدة الثالثة إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة كابن بنت عمة أبى الأب ، وابن خال أم الأم بشرط ألا يكونوا عصبات .

ويلاحظ أن الطبقات التى تلى هذه الطبقات الثلاث من الجدود والجدات يسرى عليها ما يسرى على هؤلاء ، كما يلاحظ أن كل طبقة مقدمة على ما

يليها عندما يكون التوريث لهـا ، وكل أولاد طبقة مقـدمون على فروعهم وهـكذا[٨٦] .

١٥٩ ـ هؤلاء ذوو الأرحام ، وتلك طبقاتهم ، ودرجاتهم فى الاستحقاق هى بترتيب ذكرهم الذى بيناه، وعلى ذلك إذا وجـد ذو رحم واحـد استحق باقى التركة وحـده من أى صنف كان ، ومن أى درجة فى صنفه ، وإن تعـددوا ، وتعـددت أصنافهم ، أو طوائفهم ، استحق أهـل الصنف الأول ، وقـدموا على غيرهم ، ما كان منهم واحـد ، أيا كانت درجته ، فإن كان هناك ابن بنت ، وابو أم ، وبنت أخ شقيق ، وخال استحق ابن البنت وحـده ، وحجب من سواه لأن فروع الميت مقـدمون على غيرهم ، إذ هم أقرب جزئية من أصوله .

---

(٨٦) اشتملت على بيان ذوى الأرحام وأصنافهم وطبقاتهم المـادة ٤١ ، وهـذا نصـها :

إذا لم يوجـد أحـد من العصبة بالنسب ، ولا أحـد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقى لذوى الأرحام ، وذوو الأرحام أربعة أصناف مقـدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول : أولاد البنات ، وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن ، وإن نزل .

الصنف الثانى : الجـد غير الصحيح ، وإن علا ، والجـدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم ، وإن نزلوا ، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحـدهما ، وإن نزلوا ، وبنات الإخـوة لأبوين أو لأحـدهما ، وأولادهن وإن نزلوا . وبنات أبناء الإخـوة لأبوين ، أو لأب ، وأولادهن وإن نزلوا .

الصنف الرابع : يشمل ست طوائف ، يقدم بعضها على بعض فى الترتيب الآتى :

الأولى : أعمام الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الثانية : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا .

الثالثة : أعمام أبى الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الرابعة : أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائه ، وأولاد من ذكرن ، وإن نزلوا .

الخامسة : أعمام أبى أبى الميت لأم ، وأعمام أبى أم الميت وعماتهما وأخـوالهما وخالاتهما لأبوين ، أو لأحـدهما ، وأعمام أم أم الميت ، وأم أبيه ، وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحـدهما .

السادسة : أولا من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهـكذا .

فإن لم يكن أحد من الصنف الأول قدم أهل الصنف الثانى على من بعدهم فأبو الأم أولى من ابن الأخ لأم ، وبنت الأخ الشقيق ، والخال ، والعمة ، مهما تكن درجة الجد غير الصحيح ، وكذلك الجدة غير الصحيحة .

وإن لم يكن أحد من الصنف الثانى ، وكان أحد من الصنف الثالث ، يقدم على الرابع ، مهما تكن درجته ، فبنت الأخت أولى من العمة . وإن كانت شقيقة أبيه ، وابن ابن الأخ لأم ، أولى من الخال ، والخالة ، والعمة ، مهما تكن قوة القرابة .

وطوائف الصنف الرابع عندما يتولى الاستحقاق إليه مرتبون بدرجاتهم الست ، فأولاد الجد الأول ، والجدة الأولى أولى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجدة الثانية ، والجد الثانى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، ثم فروعهم من بعدهم ، وهكذا الجد الرابع ثم من يليه .

هذا كله إذا تعددت الأصناف ، أو تعددت الطوائف فى الصنف الرابع . أما إذا اتحد الصنف ، ولم تتعدد الطوائف ، أو لم يكن ذا طوائف ، وتعدد مع ذلك آحاد الصنف - أو الطائفة ، فإن لكل صنف ترتيبا خاصا به فى درجات الاستحقاق ، وإن كانت فى الجملة تجمعها ضوابط واحدة ، تتحد فى مبدئها وغايتها ، ولنبين ترتيب درجات الاستحقاق فى كل واحد من الأصناف .

١٦٠ — فإذا تعدد آحاد الصنف الأول ، وهم الفروع :

(أ) فإن أولادهم بالاستحقاق أقربهم درجة ، فإن كان المتوفى قد ترك ابن بنت ، وابن بنت ابن ، فإن المستحق ابن البنت ، وإن كان المتوفى قد ترك بنت بنت ، وابن بنت وابن ابن بنت فإن الأولين يستحقان الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ب) فإن اتحدوا فى الدرجة وكان بعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر لا يدلى ، قدم من يدلى بصاحب فرض ، فإن كان للمتوفى ابن بنت بنت وبنت بنت ابن ، فإن الذى يستحق الميراث هو بنت بنت الابن دون ابن بنت البنت ، لأنها تتصل بالميت بصاحب فرض ، وهو بنت الابن ، والآخر لا يتصل بصاحب فرض ، بل بذى رحم .

(جـ) وإن اتحدوا فى الدرجة وفى الإدلاء ، بأن كانوا جميعا يدلون بصاحب فرض أو كانوا جميعا يدلون بذى رحم ، فإن الميراث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، كأن يكون المتوفى قد ترك بنت ابن ، وابن بنت ابن ، فإنهما يستحقان معا الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين . وكأن يكون المتوفى قد ترك بنت بنت بنت ، وابن بنت بنت ، فإن الميراث بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين(٨٧) .

١٦١ – وإذا تعدد آحاد الصنف الثانى من ذوى الأرحام ،ولم يكن أحد من الصنف الأول :

(أ) يكون أولادهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت ، فإن كان للمتوفى أبو أم ، وأم أبى أم ، فإن الأول يأخذ دون الأخرى ، لأنه أقرب درجة ، وإن كان للمتوفى أبو أبى أم أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون للثانى ، لأنه أقرب درجة .

(ب) وإن استووا فى الدرجة ، وبعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر يدلى بذى رحم فإن الميراث لمن يدلى بصاحب فرض ، فإن كان هناك أبو أبى أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون لأبى أم الأم ، لأنه يتصل بالميت بأم الأم ، وهى صاحبة فرض ، والآخر يتصل بالميت بأبى الأم ، وهو ليس بصاحب فرض ، بل هو ذو رحم .

(جـ) وإن كان كلاهما يدلى بصاحب فرض ، أو كلاهما لا يدلى إلا بذى رحم ، فإن اتحدت القرابة ، بأن كان كلاهما من جهة الأب أو كلاهما من جهة الأم ،فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان للمتوفى أم أم أبى أم وأم أبى أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما على سواء ، وإن كان للمتوفى أم أبى أم وأبو أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

---

(٨٧) ترتيب درجات هذا الصنف بينته المادة ٣٢ وهذا نصها :

الصنف الأول من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث اقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، فولد صاحب الفرض ، أولى من ولد ذى الرحم ، وإن استووا فى الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا فى الإرث .

(د) وإن اتحــدوا فى الدرجة ، وفى الإدلاء بصاحب فرض أو ذى رحم واختلفت القرابة بأن كان أحــدهما من قبل الأم ، والآخر من قبــل الأب ، فإنه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، فإذا كان للمتوفى أبو أم أم وأبو أم أب ، فإنه يكون للأول ثلث التركة وللثانى ثلثاها(٨٨) •

١٦٢ ــ هــذه أحكام الصنف الثانى عند تعــدده ، وعــدم وجود أحــد من الصنف الأول ، أما أحكام الصنف الثالث ، عند تعــدد آحاده ، وعــدم وجود أحــد من الصنفين الأول والثانى : فإنه يكون ترتيب الاستحقاق بينهم على ذلك النحــو •

(أ) إن اختلفت درجاتهم ، كان أولاهم بالميراث أقربهم درجــة ، فإن كان هناك بنت أخ لأم ، وبنت ابن أخ شقيق ، فإن بنت الأخ لأم تكون أولى بالميراث ، لأنها أقرب درجة ، ولو كانت الأخرى يعــد أصلها أقــوى قرابة من أصــل هــذه •

(ب) وإن استووا فى الدرجــة ، وكان فيها ولــد عاصب فهــو أولى من ولــد ذى الرحم ، فإن كان للمتوفى بنت ابن أخ شقيق ، وابن بنت أخ شقيق ، فإن الأولى بالميراث هى بنت ابن الأخ الشقيق ، لأنها تدلى بعاصب ، وهــو ابن الأخ الشقيق ، والآخر يدلى بذات رحم ، وهى بنت الأخت الشقيقة ، فتكون هى أولى منه •

(جـ) وإن استووا فى الإدلاء بعاصب ، أو عــدم الإدلاء بعاصب ، فإنه يقــدم فى الميراث من يكون جــده أقوى قرابة ، فإذا كان هناك بنت أخ شقيق وبنت أخ لأب ، فإن الميراث يكون لبنت الأخ الشقيق ، وإن كان هناك بنت أخ لأب ، وابن أخ لأم ، فإنه تقــدم بنت الأخ لأب ، لأنها أقوى قرابة •

هــذا ما تفيده عبارة القانون ، وهى تفيد أنه إن كان أحــد أولاد الإخوة

---

(٨٨) بينت احكام الصنف الثانى من ذوى الأرحام المــادة ٣٣ وهــذا نصها : الصنف الثانى من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث اقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا قــدم من كان يدلى بصاحب فرض ، وإن استووا فى الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض ، فإن اتحــدوا فى حيز القرابة اشتركوا فى الإرث ، وإن اختلفوا فى الحيز ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم •

يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض أنه يعتبر ابن العاصب أولى ، فإذا كان للمتوفى بنت أخ لأب ، وابن أخت شقيقة ، فإنه يعتبر ابن الأخ لأب أولى بالميراث ؛ لأنه يدلى بعاصب ، والآخر لا يدلى به .

ولكن هـذا يخالف المذهب الحنفى ؛ ويخالف مذهب أبى يوسف الذى اعتبر أساسا للتقسيم ، وتوريث ذوى الأرحام لم يخرج عن نطاق ذلك المذهب فلا يمكن أن يأتى بحكم مناقض لما فيه ، والمنصوص عليه أنه إذا كان أحد أولاد الإخوة يدلى بعاصب ،والآخر يدلى بصاحب فرض ، فإنه لا ترجيح لولد العاصب عليه ، بل ينظر إلى قوة القرابة ؛ ففى بنت أخ لأب ، وبنت أخت شقيقة ، الميراث يكون لبنت الأخت الشقيقة لأنها أقوى قرابة .

وعلى ذلك تكون عبارة القانون قاصرة ، ولا نقول أنها مخطئة ، لأن المقابلة كانت فى النص بين ولد العاصب وولدى ذى الرحم ، فإن تكن ثمة مقابلة بين ولد العاصب ، وولد ذى الفرض . فبقى الأمر فيه على حكم رأى أبى يوسف من المذهب الحنفى وهو ما ذكرناه(٨٩) .

١٦٣ ــ هـذا ترتيب الاستحقاق فى الصنف الثالث ، أما ترتيب الاستحقاق فى الصنف الرابع ، ولا يستحق إلا إذا لم يكن أحد من الأصناف السابقة قط ، فإن كان واحد منهم استحق ، وإلا فهو المستحق .

ويلاحظ فى ترتيب الاستحقاق فيه أنه طوائف ، وكل طائفة فيه كأنها صنف خاص ؛ ولذلك يكون الترتيب فيه هكذا .

(ا) عند تعدد الطوائف فى هـذا الصنف ، يقدم أهل الطائفة الأولى على الثانيه ، والثانية على الثالثة ، وهـذه على الرابعة ، وتلك على الخامسة ، والأخيرة على السادسة ، فلو كانت عمة لا تأخذ بنت العم ، ولا ابن الخاله ، ولو كانت خالة لا تأخذ بنت العم الشقيق ، أو لأب ، ولو كانت بنت الخالة أخت

---

(٨٩) بينت ترتيب الاستحقاق فى هـذا القسم المادة ٣٤ وهـذا نصها :

« الصنف الثالث من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولدى ذى الرحم ، وإلا قدم أقواهم قرابة للميت . فمن كان أصله لأبوين ، فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب ، فهو أولى ممن كان أصله لأم ، فإن اتحدوا فى الدرجة وقوة القرابة اشتركوا فى الإرث .

الأم ، لا تستحق عمة الأب ، وهكذا كل طائفة مقـدمة على تاليتها ، وقـد بينا ترتيبها فيما بينا •

(ب) وإذا اتحـدت الطائفة يقـدم الأقرب درجة ، سواء أكان من قرابة الأم ، أم كان من قرابة الأب ، فابن الخالة مقـدم على ابن بنت العم الشقيق أو لأب ، لأنه أقرب درجه ، وإن اختلفت جهة القرابة ، وهكذا فى كل الأحوال التى تختلف فيها الدرجة ، ما دامت فى طائفة واحـدة •

(جـ) وإن استوت الدرجة مـع اتحاد الطائفة ، فإن اتفق الحيز مع ذلك بأن كانوا جميعا من قرابة الأب ، أو كانوا جميعا من قرابة الأم ، فإنه يقـدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم ، فلو كان للمتوفى بنت عم شقيق ، وابن عمة شقيقة فإن الميراث يكون لبنت العم ، ولو كان للمتوفى بنت ابن عم لأب ، وابن بنت عم شقيق ، فالميراث للأولى لأنها تدلى بعاصب •

وإن اتحـد الحيز ، واستوت الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بعاصب أو كانوا جميعا يدلون ، فإنه يقـدم الأقوى قرابة ، فإن كان للمتوفى ابن خالة لأب ، وبنت خالة شقيقة ، وابن خالة لأم ، كان الميراث لبنت الخالة الشقيقة ، لأنهـا أقوى قرابة . إذ عند التقـديم لقوة القرابة يكون من كان لأبوين أولى ممن يكون لأب واحـد ، ومن يكون للأب أولى من أولاد الأم •

(د) وهـذا كله عند اتحاد الحيز ، فإن اختلف الحيز ، بأن يكون بعضهم من قرابة الأم ، والآخر من قرابة الأم كأخوال وأعمام لأم أو أولادهم ، فإنه عند استوآء الدرجه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، ويوزع ثلث قرابة الأم على قرابتهم بالترتيب السابق عند اتحاد الحيز ، فيقـدم المدلى بعاصب ، ثم الأقوى قرابة على غيره ، وإن اسـتووا يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويوزع ما خص قرابة الأب على الترتيب السابق أيضا عند اتحاد الحيز ، فيكون الأولى ولد العاصب فيقـدم على ولد ذى الرحم فإن استووا فى ذلك قـدم الأقوى قرابة على غيره ، فإن استووا كان للذكر مثل حظ الأنثيين والأمثلة يسهل إدراكها بعـد ذلك ، فإن كانت عمة وخالة فللعمة الثلثان ، وللخالة الثلث ، وإن كانت بنت عم شقيقة ، وابن خال لأب ، وبنت خالة شقيقة ، فإن الميراث يكون أثلاثا ، ثلث لقرابة الأم ، والثلثان لقرابة الأب ، وما خص قرابة الأم

يكون لبنت الخالة لأنها أقوى قرابة من بنت الخال وما يخص قرابة الأب يعطى لبنت العم لأنها تدلى بعاصب والأخرى تدلى بذى رحم • وهكذا[٩٠] •

١٦٤ — وقد يكون الشخص ذا قرابتين ، فيكون ابن بنت عمة ، وابن ابن عمة ، فهل يأخذ بالقرابتين ؟ لقد ذكر القانون لذلك تفصيلا ، إذا تعددت القرابة مع اتحاد حيزها ، بأن كانوا من صنف واحد ، وطائفة واحدة ، وحيز واحد ، ففى هذه الحال يأخذ نصيبا واحدا ، وإن كان الحيز مختلفا ، بأن كان ابن عمة هو ابن خال شقيق ، وكان هناك بنت خال شقيقة ، فإن الحيز فى هذه الحال يختلف ، ويأخذ بوصف كونه ابن عمة ثلثى المال ، وبوصف كونه ابن خال ثلثى الباقى ، وتأخذ بنت الخال ثلث الثلث ، وذلك لأن اختلاف الحيز ، جعل جهة التوريث مختلفة ، وقد علمنا فى الماضى أن الوارث يرث بقرابتين ، إذا اختلفت جهة التوريث ، إذ اختلاف جهة التوريث يجعل سبب التوريث يتعدد بتعدد الوصف فيرث بالجهتين ، وهما هنا الحيزان ، وأما إذا اتحد ، فجهة القرابة واحدة ، وسبب التوريث واحد ، فلا يتعدد الاستحقاق فيها • فإن كانت بنت ابن عمة ، هى بنت بنت عم ، ومعها بنت بنت عمة ، فإنها تقاسمها الميراث مناصفة ولا يتعدد استحقاقها بتعدد نصيبها[٩١] •

---

(٩٠) بينت ترتيب درجات الاستحقاق فى الصنف الرابع المادتان ٣٥ و ٣٦ وهذا نصهما :

مادة ٣٥ — فى الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق الأب ، وهم أعمام الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم اقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساووا فى القرابة اشتركوا فى الإرث . وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مادة ٣٦ — فى الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو من غير حيز ، وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى فى القرابة ، وإن كانوا جميعا أولاد عاصب أو أولاد ذى رحم ، فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولدى ذى الرحم ، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم ، وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة .

(٩١) اشتملت على ذلك المادة ٣٧ ونصها : « الاعتبار لتعدد القرابة فى وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز »

١٦٥ — هـذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، ويصح أن نضبط الترجيح بينها فى القواعـد الآتية :

القاعـدة الأولى : أن ميراث ذوى الأرحام بالنسبة لتقسيمه بين الذكر والأنثى يشبه تقسيم ما يستحقه العصبات فى النسبة بين الذكر والأنثى ؛ فحيث تساوت درجة الاستحقاق ، وكان المستحقون ذكورا أو إناثا قسم بينهم الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقـد ذكر فى صـدر كلامنا(٩٢) •

القاعـدة الثانية : أنه إذا تعـدد المستحقون وتعـددت أصنافهم ، فإنه يقـدم الصنف الأول ، فلا يرث أحـد من غيره مـع وجود واحـد منه ، ويليه الثانى فالثالث ، فالرابع ، والرابع طوائف ، وكل طائفة مقـدمة على الأخرى ، ولا تأخـذ طائفة إن كان أحـد ممن قبلها •

القاعـدة الثالثة : أنه إذا تعـددت آحاد الصنف الذى هـو أولى من غيره ، فإن الأولى بالميراث الأقرب درجـة ، وهـذه القاعـدة تنطبق على الأصناف جميعا ، فحيث تعـددت آحاد أى صنف مستحق ، وكان فيهم من هو أقرب درجة من الآخر استحق الأقرب ، بيد أن الصنف الرابع تعتبر الطائفـة كصنف مستقل فلا تعتبر مرجحا إلا بالنسبة للطائفة المقـدمة •

القاعـدة الرابعة : أن المدلى بوارث أولى من غيره ؛ سواء كان ذلك الوارث عصبة أم كان صاحب فرض ، وهـذه القاعـدة تنطبق على الجميع ، بيد أنها فى الصنف الرابع لا تعـد مرجحة إلا فى أهـل الحيز الواحـد من القرابة ، فلا ترجح الشخص على غيره من حيز آخر ، بل ترجحه على من فى حيزه •

ويلاحظ أن الترجيح بالإدلاء بعاصب إنما يكون عند التساوى فى الدرجة •

وأنه عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث يقـدم الأقوى قرابة ، ويلاحظ أيضا أن ذلك لا يعتبر مرجحا فى النصف الرابع إلا فى أهـل الحـيز الواحـد ، أى القرابة الواحـدة كما ذكرنا •

القاعـدة الخامسة وهى الأخيرة : أنه بالنسبة للقسمين الثانى والرابع

---

(٩٢) بينت ذلك المـادة ٣٨ وهـذا نصها : « فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثال حظ الأنثيين » •

تكون قرابة الأب حيزا ، وقرابة الأم حيزا ، ويكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ؛ وشرط ذلك فى الصنف الثانى ، أن يتساوى ذوو الأرحام من الأصول فى الدرجة والإدلاء بوارث ، أو عـدم الإدلاء ، فإن اختلفوا فيهما فالأقرب درجة أو المدلى بوارث عند التساوى فيهما أولى من غيره أيا ما كان حـيزه .

وشرط ذلك فى الصنف الرابع أن تتساوى الدرجة ، فإن اختلفت الدرجة فالأقرب درجة أولى من أى حيز كان ، فإن تساووا فى الدرجة فلقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان ، ويرجح بين كل حيز بالإدلاء بوارث ، ولا يكون إلا من العصبات ، فإن استووا فيرجح كل حيز بقوة القرابة ؛ فمن كان أصله لأبوين يقـدم على من كان أصله من أب واحـد ، ومن كان أصله لأب يقـدم على من كان أصله لأم فإن اشتركوا فى كل الوجوه قسمت بين أهل كل قرابة حصتها ؛ للذكر مثل حظ الأنثيين .

١٦٦ ـ هـذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، كما جاء بها القانون ، قـد بيناها ، وضربنا الأمثال لتوضيحها ، والآن نتكلم عن فقهها ، فنبين أقـوال الفقهاء فى ميراثهم ؛ ومن أى مذهب استقى القانون ، فنقول :

اختلف الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام فى نواح شتى تتعلق بهم ، فاختلفوا أولا فى أصل توريثهم ؛ واختلفوا ثانيا فى طريق توريثهم ، ولنتكلم فى كل ناحية من هاتين الناحيتين .

لقـد اختلف الصحابة فى إعطاء ذوى الأرحام ميراثا ، إن لم يكن عصبة ولا ذوو فروض من الأقارب ، فقال على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم من علية الصحابة أنهم يرثون بعـد العصبات والرد على ذوى الفروض النسبية ، وقال زيد بن ثابت ومعـه بعض الصحابة أنهم لا يأخـذون شيئا ويكون المـال لبيت المـال .

وقـد اختار القول الأول أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما ، واستدلوا من ثلاثة وجـوه :

أولها : قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وأولو الأرحام كلمة عامة تشمل الأقارب جميعا ، سواء أكانوا عصبات أم كانوا

ذوى سهام مقــدرة ، أم لم يكونوا من الفريقين ، فــذوو الأرحام الذين ليسوا من الفريقين داخلون فى الأولوية التى ذكرها القرآن الكريم ، ومن تلك الأولوية أن يأخــذ بعضهم مال بعض ، إن لم يكن له سواهم ، فهم أولى من غيرهم بنص كتاب الله فيكونون بلا ريب أولى من بيت المــال .

ولقــد قال الله تعالى أيضا : « للرجال نصيب ممــا ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » ولا شك أنهم من الأقارب ، فيستحقون بذلك الوصف .

ثانيها : أن عمر رضى الله عنه أعطى الخال عند عــدم وجود غيره ، وأسند ذلك إلى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : إن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الله تعالى ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له ، فكان هــذا سنة صحيحة صريحة فى صحة توريث ذوى الأرحام ، فليس لأحــد بعــدها أن يقول أن ميراثهم لا سند له من النصوص .

ثالثها : أن ذوى الأرحام إن لم يأخــذوا أعطى بيت المــال . أى أعطى المــال لجماعة من المسلمين ، ونحن إن نظرنا نظرا مجردا لنعرف أيهما أحق ؟ القرابة القريبة كالعمة والخال والخالة ، أم جماعة المسلمين عامة ، نجــد أن الفريقين يشتركان فى وصف عام وهو الإسلام ، وذوو الأرحام ينفردون بوصف خاص وهــو القرابة ، فكانت القرابة مرجحة ؛ على فرض أنها تكون مثبتــة لأصــل الانفــراد .

٢٦٧ — ولقــد اختار رأى سيدنا زيد الإمام مالك والإمام الشافعى رضى الله عنهما ، ووجه اختيارهما أن الله سبحانه وتعالى فى محكم آياته تولى القسمة العادلة بين الوارثين ، ولم يعط ذوى الأرحام شيئا ؛ ولم تصح فى ميراثهم سنة . فيكون إعطاؤهم من غير نص ولا حمل على نص ، ولا يثبت حق لأحــد من غير نص أو حمل عليه . بل لقــد صح عندهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة ، فقال : أخبرنى جبريل أن لا شىء لهما ، وقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وقوله تعالى : « للرجال نصيب ممــا ترك الوالدان والأقربون وللنســاء نصيب ممــا ترك الوالدان والأقربون » — آيتان مجملتان بينتهما آيات المواريث فــلا تدلان بعمومهمــا على معنى جــديد ، لأن العام إذا التقى مع الخاص حمل عليه ، لأنه يكون كالمجمل بالنسبة لمــا يبينه .

وإن مقتضى المذهب الشافعي والمذهب المالكي أنه لا رد ولا يرث ذوو الأرحام ، وأن بيت المال أولى من الرد على ذوى الفروض ، وأولى من إعطاء ذوى الأرحام : لأن جماعة المسلمين وارث من لا وارث له ، ولم يقم دليل من النصوص على الرد ، وتوريث ذوى الأرحام ، ولا قياس فى هذا المقام يوجب الحمل على النص ، وعلى ذلك يكون المال لجماعة المسلمين فيكون المال لبيت مال المسلمين .

وإن ذلك يقتضى أن يكون القائم على بيت المال عدلا ، يعطى كل ذى حق حقه ، ويصرف مال بيت المال فى مصارفه ، أما إذا لم يكن بيت المال منظما ، ولم يكن القائم عليه عادلا يصرف مال المسلمين فى مصارفه الشرعية فإن الأساس الذى بنيت عليه الأولوية قد تغير ، ويجب النظر فى الأمر من جديد .

ولذلك لما فسد نظام بيت المال فى القرن الثالث الهجرى ، واستمر الفساد كان من علماء الشافعية والمالكية من أفتوا بأن ذوى الأرحام يأخذون بدل بيت المال ، وقد صار ذلك الرأى هو المفتى به من بعد ، ولقد صرح الشافعى بأن أخذ ذوى الأرحام فى هذه الحال هو من باب رعاية المصلحة ، لا من باب التوريث ، إذ التوريث لابد أن يثبت بنص ، أو حمل على نص .

١٦٨ — هذا هو الاختلاف فى أصل توريث ذوى الأرحام ، والذين رأوا توريثهم اختلفوا فى ذلك على ثلاث طرائق ، كل طريقة تنبعث من فكرة معينة .

الأولى — طريقة أهل الرحم ، وهؤلاء يسوون بين ذوى الأرحام فى العطاء لا يفرقون بين صنف وصنف ، ولا بين درجة ودرجة ، ولا بين قرابة قوية وأخرى ضعيفة ، فلو كان للمتوفى أخت ، وبنت بنت ، فإن الميراث يكون بينهما على السواء ، ولو ترك ابن أخت ، وبنت ابن أخ فالميراث بينهما على السواء ، وإن ترك عمة وبنت أخ فهما سواء ، وهكذا ، وذلك أن السبب الموجب للميراث هو الرحم ، وهى متحققة فى الجميع من غير تفرقة بين صنف وصنف ، وتحققها فى الجميع بقدر مشترك ، فيثبت الميراث للجميع على السواء ، ولأن أساس التفاوت بين أصحاب الفروض وبين العصبات هو النص ، ولا نص فى نظام التوريث بين ذوى الأرحام بحيث يقدم فيه صنف على صنف أو درجة على درجة ، أو قرابة على قرابة ، وما دام لا نص ينظم ، فالعلة المشتركة هى التى تسير ، وهى فى الجميع على السواء .

ولقد كان من أنصار هذا الرأى كما حكى السرخسى فى مبسوطه حسن ابن ميسر ونوح بن ذراح ، وليس ثمة أحد من معتنقى هذا الرأى من بعد ذلك فى المذاهب الإسلامية المشهورة .

١٦٩ — الطريقة الثانية — طريقة أهل التنزيل ، وهؤلاء لا ينظرون إلى الموجودين من ذوى الأرحام ، بل ينظرون إلى الذين يدلون بهم من أصحاب الفروض أو العصبات ، فيعطون للموجود من ذوى الأرحام نصيب من يدلى به أصحاب الفروض أو العصبات .

١ — فإذا كان للمتوفى بنت بنت وابن أخت شقيقة ، وبنت أخ لأب ، وبنت عم ، نظروا إلى من يدلون به ، وكأن المسألة فيها بنت ، وأخت شقيقة وأخ لأب وعم ، وتقسم التركة على فرض وجودهم ، وما يعطاه كل واحد يكون لفرعه الموجود من ذوى الأرحام ، والتقسيم فى هذه يجعل الميراث بين البنت والشقيقة ، فيكون للبنت النصف يعطى ابنتها ، ويكون للأخت الشقيقة النصف الآخر تعطاه ابنتها ، ولا شىء لبنت الأخ لأب ولا لابن العم أو العمة .

٢ — ولو كان للمتوفى بنت بنت ، وبنت بنت ابن وبنت عم شقيق ، فإنه يفرض الميراث بين بنت ، وبنت ابن وعم شقيق ، ويكون للبنت النصف تعطاه بنتها ، ولبنت الابن السدس تعطاه بنتها ، وللعم الباقى وهو الثلث تعطاه بنته .

٣ — وإذا كان للمتوفى بنت بنت ابن ، وبنت أخ شقيق ، فإن التوريث يكون بين بنت ابن ، وأخ شقيق ، فيكون لبنت الابن النصف تعطاه بنتها ، والباقى للأخ فتعطاه بنته ، ويلاحظ أنه ينظر عند التوزيع إلى الإدلاء لا إلى الأصل وحده ، وإذا نظر إلى ذلك فإنه إن تفاوتت درجات الإدلاء بالوارث فالأقرب فى الإدلاء به يكون هو الأولى بالميراث ، فإذا كان للمتوفى بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، فإن الميراث كله يكون لبنت بنت الابن ، لأنها أقرب إدلاء بالوارث ، إذ تكون الموازنة بين بنت وبنت ابن ، وهذه تختص بالميراث دون غيرها[٩٣] .

---

(٩٣) مذهب أهل التنزيل أنهم ينزلون الواحد من ذوى الأرحام منزلة من يدلى به إلى الميت من ذوى الفروض أو العصبات ، ويعطونه نصيبه ، فينظر إلى اقرب اصل من ذوى الفروض أو العصبة إلا فى الأخوال والخالات والعمات ، فإنه ينظر إلى الأب والأم لمقام النص ، ويلاحظ فى الإدلاء أن من قرب من يدلى به من العصبة أو صاحب =

هـذه طريقة أهل التنزيل فى توريث ذوى الأرحام وهى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ولما أخـذ المتأخرون من المـالكية والشافعية مبـدأ توريث ذوى الأرحام ، عند عـدم انتظام بيت المـال آخـذوا هـذه الطريقة ، وساروا عليها ، ولم يأخـذوا بالطريقتين الأخريين •

والأساس الذى بنى عليه أهـل هـذه الطريقة نظرهم أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث خالة وعمة ، ولم يكن ثمـة ورثة غيرهما ، فأعطى العمة الثلثين .وأعطى الخالة الثلث • وإن ابن مسعود ورث ابنـة بنت ، وبنت أخت فجعل المـال بينهما نصفين ، فحـديث النبى صلى الله عليه وسلم يدل على أن النظر فى توريث ذوى الأرحام لا يكون إلى أشخاصهم إنما يكون إلى من يدلون به من صاحب فرض أو عصبة ، والعمة تدلى بالأب ، والخالة تدلى بالأم فيكون الميراث بين الأب والأم ، وفتوى ابن مسعود تؤكد ذلك التفسير •

وفوق ذلك لا دليل على التوريث لذوى الأرحام إلا عموم النصوص ، وهى لم تبين مقادير ، ولا طرق ترجيح ؛ فكان حقا علينا أن ننظر إلى من يدلون بهم من أصـحاب فروض أو عصبات لأنهم الطريق لقرابتهم ، فنقسم بينهم الميراث • فإن كان أحـدهم أولى ، أو أكثر استحقاقا كان ذلك هـو المبين للمقادير المرجح بينهم ، ولا طريق للترجيح يعتمد على النص سوى ذلك ، وكل طريق غير ذلك لا يعتمد على تقـدير الشارع ، فإن ذلك هـو الطريق الوحيد للحمل على ما قـدره الشارع الإسلامى من سهام وأنصبة •

= الفرض أولى ممن بعـد ، ويقسم بين كل طائفة نصيب من تدلى به على السواء ، إذا كانوا يدلون بأولاد الأم ، أما إن كانوا يدلون بغيرهم فالحنابلة قالوا أنهم يستحقون على سـواء ، ومتأخرو المـالكية والشافعية قالوا أنهم كمن يدلون به للذكر مثـل حظ الأنثيين .

هـذا وإذا كان فى المسألة أحـد الزوجين يأخـذ نصيبه ، ويقسم الباقى بين ذوى الأرحام كأنه تركة قائمة بذاتها ، فإذا كان المتوفى ترك زوجة ، وبنت بنت أخ شقيق ، فالزوجة تأخـذ الربع وبنت بنت البنت تأخـذ نصيب أمها كما لـو كانت التركة هى ثلاثة الأرباع الباقية ، فتأخـذ نصفها ، وتأخـذ بنت الأخ النصف الباقى لأنه نصيب أبيها ، وهـذا هـو المشهور عند أهـل التنزيل ، وهناك طريقة أخرى فى هـذه الحالة ، وهى ألا تعطى الزوجة الثمن بفرض وجود الفرع الوارث وهـو البنت ويكون أصل المسألة (٨) والبنت تأخـذ النصف وقـدره أربعة أسهم ، ويأخذ الأخ الثلاثة الباقية ، ثم يكمل نصيب الزوجة ، فتأخـذ سهما مكملا والباقى يكون ستة أسهم تقسم بنسبة ٤ إلى ٣ أى تقسم على سبعة ، وكان ذلك التقسيم الأول لتبين النسبة بين البنت والأخ ، وما يأخـذه كل يكون لابنته .

١٧٠ — الطريقة الثالثة : طريقة أهـل القرابة ، وهى أنهم فى ترتيبهم لذوى الأرحام ينظرون إلى قرابتهم فى ذاتها من حيث قـوة الأولوية فيهـا ، فإنه لا شك أن القرابة مختلفة فى قوتها ، وهى فى ذلك مراتب ، وقرروا أن المستحق من ذوى الأرحام هـو أول قريب ، كما أن المستحق فى التعصيب هـو أقرب رجل ذكر ، فقاسوا الأولوية فى القرابة بالنسبةلذوى الأرحام على الأولوية فى القرابةبالنسبة للعصبات ، وعلى ذلك قسموا ذوى الأرحام إلى أصناف ، كما قسمت العصبات إلى جهات ، واعتبروا الأولى من ذوى الأرحام الفروع ، كما كان الأولى من العصبات الفروع أيضا ، وهكذا ، واعتبروا الترجيح بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ، ثم يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما هو ثابت بين العصبات وبالجملة قاسوا الأولوية فى ذوى الأرحام على الأولوية فى العصبات ، وساروا فى توريث ذوى الأرحام بالطريقة الثابتة فى العصبات ، وإن تلك الطريقة هى مذهب على رضى الله عنه ، وبه أخـذ الحنفية ، ولذلك قسموا ذوى الأرحام ذلك التقسيم الذى ذكرناه عند شرح القانون ، ورتبوا بينهم ذلك الترتيب الذى بيناه على اختلاف جزئى فيما بينهم فى التوزيع لا فى أصل الطريقة .

والفرق الجوهرى بين مذهب أهـل التنزيل ومذهب أهـل القرابة ، أن مذهب أهـل التنزيل لا يرتب بين الأصناف ، فلا يقـدم صنفا على آخر ، بينما مذهب أهـل القرابة يقـدم الأصناف بعضها على بعض ، وأن قرب الدرجـة لا اعتبار له عند أهـل التنزيل ، بل العبرة بقرب الإدلاء بوارث صاحب فرض أو عصبة ، فمن يدلى عن قريب بذى فرض أو عصبة أولى ممن يدلى عن بعيد ، أما مذهب أهـل القرابة ، فإن قرب الدرجة أول طرائق الترجيح بين آحاد الصـنف الواحـد .

١٧١ — انتهينا من بيـان الطرائق الثلاث لتوريث ذوى الأرحام ، وقـد ذكرنا أن المذهب الحنفى هـو الذى حمل لواء مذهب القرابة ، وأن هنـاك اختلافا جزئيا بين أئمته فى طريق التوزيع والترتيب ، والآن نشير إلى هـذه الخلافات ، وقـد بينا ترتيب الاستحقاق فى ذلك المذهب ، وهـو الذى سار عليه القانون ، واختار فى توزيع الاستحقاق إحـدى الطريقتين المشهورتين فى المذهب الحنفى ، وكانتا موضع الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، وأن القانون اختار طريقة أبى يوسف ، وترك طريقة محمد التى كان معمولا بها من قبل ، لأنها كانت المختارة فى الفتوى .

ولم يحصل اختلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى فى الترتيب الذى شرحناه آنفـا ، إلا شيئا يروى عن أبى حنيفه ،من أنه يقـدم الأصول من ذوى الأرحام على الفروع ، وقـد روى هـذه الرواية عنه أبو سليمان عن محمد بن الحسن ، وروى بجوار هـذه الرواية رواية أخرى رواها عنه الحسن ابن زياد ، وأبو يوسف ، عن أبى حنيفة : أن الأولى فى الترتيب الفروع ، كما رأى الصاحبان ، والمشهور فى المذهب ، ويوفق بعض الفقهاء بين الروايتين بأن الرواية الأولى كانت رأيه الأول ، والرواية الثانية المتفقة مع رأى الصاحبين هى رأيه الأخير ، وهـذا توفيق حسن لو كان له سند من الرواية أيضا ، ولم يعتمد على الإمكان العقلى المجرد .

وما عـدا هـذا الخلاف الجزئى فى ترتيب الاستحقاق ، هو موضع اتفاق ، فالتقـديم بالصنف ، ثم بالدرجة ، ثم بالإدلاء بوارث ، ثم ينظر قبل الإدلاء إلى جعل كل حيز من القرابة صنفا قائما بذاته ، يترتب بين آحاده بالإدلاء بوارث ، فى الصنفين الثانى والرابع إلى آخر ما بينا ، فى ضوابط الترجيح .

١٧٢ — والخلاف بين أبى يوسف ومحمد هو بالإجمال فى أمرين :

أحـدهما — أن أبا يوسف عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى قوة القرابة ، فيقـدم الأقوى عند التفاوت بينهم فيها ، فإن تساووا يقسم على ذوى الأرحام الموجودين من غير نظر إلى أصولهم ، وإنما ينظر إليهـا ليتبين أيهم أقـوى فيعطيه ، ولا يلتفت إلى ما سوى ذلك ، ويسرى هـذا فى الصنف الأول ، والصنف الثانى ، والثالث ، والرابع ، فالقسمة عنده على الموجودين من ذوى الأرحام ، من غير نظر إلى ما يدلون به من حيث الذكـورة والأنوثة فيمن يدلون .

أما الإمام محمد فعند الاتحاد فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى أقرب شخص للميت يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة والاستحقاق ، فيقسم عليه ، ثم يعطى ما استحقه إلى من يليه فى الاتصال ، فإن كانوا ذكورا جميعا أو إناثا جميعا قسم حتى يصل إلى الفرع الموجود ، وإن اختلفوا قسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا ، ويتعـدد الأصل بتعـدد فروعـه ، فالقسمة عنده لا تكون على أبدان المستحقين ، بل تكون القسمة عنده على أقرب من يدلـون به ، ويكون عنده الاختلاف فى الذكورة والأنوثة ، ثم تنحـدر القسمة على من يليه مـع جعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ثم الذين يلونهم كذلك ، مـع

تعــدد الأصل بتعــدد فرعه ، ويرث الشخص من جهتين إن تعــددت قرابته وهــذا هو الأمر الثانى ، ولنضرب لذلك الأمثال •

(أ) ميت مات عن : بنت بنت بنت

ابن ٤ بنت ٢ بنت ١

بنتى بنت ٦ وابن

ففى هــذا المثال يقسم محمد على الطبقة الأولى ، ويعــد الواحــد بتعدد فروعه ، وبمــا أنها كلها إناث ، فيكون بالسوية مــع ملاحظة التعــدد ، فلا يبتدىء التقسيم إلا حيث تكون الطبقة التى تختلف فيها الذكورة والأنوثة ، ففى هــذه الطبقة يبتدىء فيكون الذكور طائفه والإناث طائفة ، ويعــدد الأصل بتعــدد فروعه ، وهنا كانت الذكورة والأنوثة فى الطبقة الثانية ، فيعــد الابن فيها بابنين ، والبنت التى بجواره بنتين والبنت الأخيرة ببنت واحــدة ، فتقسم التركه إذن فى هــذه الطبقة على سبعة تختص الابن الذى عــد باثنين بأربعه ، والبنت التى عــدت باثنتين باثنين ، والبنت الأخيرة بواحــد • ويذهب ما للأصل إلى الفرع فيختص ابن بنت البنت بواحــد ، وبنتا ابن البنت اللتان هما بنتا بنت بنت بستة •

(ب) توفى شخص عن : اب ١ أم ٢ ام ٦

ام أب أب

اب أب ام

ام ٢ اب ٦

ففى هــذه الصورة تقسيم بين الأم والأب ، فتختص قرابة الأم بالثلث ، وقرابة الأب بالثلثين ، وما خص قرابة الأب يعطى أم أبى أم الأب ، لعــدم تعــدد آحادها ، وما خص قرابة الأم ، يقسم بين آحادها على اختلاف بين الذكورة والأنوثة ، فيقسم بين أبى أم أبى أم الميت ، وأم أبى أبى الأم ، أثلاثا ، ثلثه للأول والثلثان للثانية وما خص كل واحــد يذهب لأصله الموجود •

ويلاحظ هنا أن الأصول لا تتعــدد بتعــدد الموجودين من فروعهم بخلاف الحال فى المثال السابق فى الفروع ، إذ هى تتعــدد بتعــدد الفروع والفرق

بينهما أن تعــدد الأصول بتعــدد فروعهم فى الصنف الأول ، لأن الأصول التى تتعــدد بتعــدد فروعها . هى فروع ، فمهما تتعــدد فهى فروع ، الفروع للميت تتعــدد ، وتتكاثر ، أما الأصول فإنها لا تتعــدد بتعــدد الموجودين من الأصول لأن أصول الشخص أبوه أو أمه ، ولا يتصور تعــددهما ، فلا يتصور للميت أبوان أو أمان ، ولذلك كان لا يتعــدد الأصل بتعــدد الأصول التى يدلى بها .

(جـ) وإذا توفى شــخص عن :

أخت لأب ٣	أخت شقيقة ٩	أخت لأم ٣
بنت ١ ابن ٢	بنت	ابن
ابن ١ بنت ٢	ابن ٩	بنت ٣

ففى هــذه المسألة يقسم الميراث بين الأخت الشقيقة ، والأب ، والأم ، فيكون النصف للشقيقة ، والسدس للأخت الأم ، والسدس للأخت لأب ، وتقسم التركة أخماسا ، ثلاثة أخماسها للأخت الشقيقة تكون لفرعها . وخمسها يكون للأخت لأم ، يكون لفرعها ، وخمسها للأخت لأب يكون بين فروعها ، وقــد تعــددوا فيسلك معهم ما سلكناه فى المثال الأول ، من حيث تعــدد الأصــل بتعــدد فروعه ، والميراث من جهتين ، والقسمه على أول طبقة تختلف ذكورة وأنوثة .

(د) وإذا توفى شخص عن :

عمه شقيقة ٤	خالة لأب ٢
بنت ٢ ابن ٢	ابن
ابنى بنت ٢ بنت ٢	بنت

ففى المسألة يكون للعمة الثلثان لأنها قرابة الأب ، وللخالة الثلث لأنها قرابة الأم . وما خص الخالة يعطى فرعهــا ، وما خص العمة يعطى فروعها ، على التقسيم الذى ذكرناه فى المثال الأول ، فيقسم بين بنت العمه ، وابن العمة وتفرض بنت العمة اثنتين لتعــدد فرعها ، فيكون نصيبها باثنتين ، ويختص ابن العمة بنصيب اثنتين لأنه مذكر ، وما استحقته بنت العمة يكون لفرعها ، والآخــر لفرعــه .

١٧٣ ـــ هــذه طريقة الإمام محمد رضى الله عنه فى التقسيم بين ذوى الأرحام إذا اتحــد الصنف ، واتحــدت الدرجة ، واتحــد الحيز وتعــددوا ،

وقد أتينا بمثل لكل صنف ، وترأها جميعها تسير على منطق واحد ، ولقد روى أن ذلك رأى أبى حنيفة أيضا .

ويلاحظ أن أبا يوسف ومحمدا يتفقان فى جملة أمور :

أولها — فى ترتيب الأصناف الأربعة .

ثانيها — فى أنه حيث اختلفت الدرجة فإن صاحب الدرجة الأقرب أولى .

ثالثها — فى أنه إذا اختلف حيز القرابة فى الصنف بأن كان القسم طائفتين إحداهما تدلى بالأم والأخرى بالأب ، ويجعل لقرابة الأم الثلث ، ويوزع بين من يدلون بها مهما يتعددوا ، ولقرابة الأب الثلثان يوزعان بينهم مهما يتعددوا ويتحقق اختلاف الحيز فى الصنف الثانى والصنف الرابع .

رابعها — أنه روى عن أبى يوسف أنه يورث القرابتين فى ذوى الأرحام ، سواء اتحد الحيز أم اختلف ، وقد روى هذه الرواية عنه علماء ما وراء النهر ، وهى المشهورة عندهم ، ولكن روى عنه علماء العراق وخراسان رواية أخرى ، وهى أن ذا الرحم لا يرث القرابتين ما دامت الجهة واحدة ؛ سواء اتحد الحيز أم اختلف ، وذلك يتفق مع منطقه فى توريث الجدات كما هو مشهور ، فإنه لا يورث بالفرض الجدة ذات القرابتين إلا على أنها واحدة ، لاتحاد جهة التوريث .

ولقد أخذ قانون الميراث فى هذا الجزء بمذهب محمد وسائر الأئمة عند اختلاف الحيز ، وأخذ بمذهب أبى يوسف برواية العراق عند اتحاد الحيز ، وهو منطق فى الاختيار مستقيم ، لأن اختلاف الحيز يشبه اختلاف الجهة ، فيكون كالتوريث من جهتين ، أما اتحاد الحيز وتعدد القرابة ، فلا يمكن أن يسرى عليه معنى اختلاف الجهة .

١٧٤ — هذه أوجه الاتحاد بين المذهبين فى توريث ذوى الأرحام ، أما وجوه الاختلاف ، فجوهرها كما بينا :

(أ) أن أبا يوسف ينظر إلى ذوى الأرحام الموجودين فعلا ، ولا ينظر إلى أصولهم الا بمقدار قوة قرابتهم ، ويوزع عليهم عند اتحاد الدرجة والصنف ، وقوة القرابة للذكر مثل حظ الأنثيين على النحو الذى بيناه . وأنه

لا ينظر عند اختلاف الذكورة والأنوثة ، إلا على الموجودين فعلا من ذوى الأرحام . أما أصولهم فلا عبرة باختلافهم عنده ، الا عند الحيز ، أما عند اتحاده فلا ينظر إلى اختلاف فى الاصول ، يقسم عليه .

(ب) وأن أبا يوسف لا يعتبر إلا عـدد الموجودين ، وأما محمد فيعـدد الأصول بتعـدد فروعهم عند إمكان ذلك وتصوره ، هـذا جوهر وجوه الاختلاف وقـد استدل محمد بثلاثة أدلة :

أولها – أن الصحابة أجمعوا على أنه إذا كانت عمة وخالة يكون للعمـة الثلثان وللخالة الثلث باعتبار أن هـذه من قرابه الأم ، وتلك من قرابة الأب ، وأنه عند اجتماع الأب والأم يكون للأب الثلثان وللأم الثلث ، وأن هـذا المنطق ينير السبيل عند كل توزيع لذوى الأرحام ، فإنه ينظر عند أول اختلاف فى الأصول فى الذكورة والأنوثة . ويوزع للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما وزع بين أصل العمة والخالة ، واعتبر أول إدلاء لهما ، فكذلك يعتبر عند النظر إلى الإدلاء ينظر إلى أول الاختلاف فى الذكورة والأنوثة .

ثانيها – أن المتفق عليه بين الفقهاء أنه يرجح من أدلى بوارث ، وفى هـذا ينظر إلى الأصول ، فكان ذلك نظرا إليهم من غير نظر إلى ذوى الأرحام أنفسهم وكان من مقتضى ذلك أن يكون التوزيع أولا على الأصول ما دمنا قـد طرحنا النظر إليهم أنفسهم عند الترجيح .

ثالثها – وهو الدليل على تعـدد الأصل بتعـدد الفرع – أن الباعث على النظر إلى الأصل عند اختلافه ذكورة وأنوثة هو وجود الفرع ، فكان الفرع هو العلة فى ذلك النظر ؛ وحيث تعـدد الفرع فقد تعـددت العلة ، فيتعـدد الأصل ما دام يتصور فى الإمكان العقلى تعـدده .

هـذه أدلة محمد ، وهى أقيسة دقيقة ، ولكنها ظنية ليست قطعية ، فهى مجموعة ظنون ، وإن تعـددت ، ودليل أبى يوسف رضى الله عنه أن ذوى الأرحام إن استووا فى أسباب الاستحقاق ولم يوجـد مرجح يرجح فريقا على فريق منهم كان النظر فى الذكورة والأنوثة إلى أبدانهم أنفسهم ، لا إلى أصولهم ، ألا ترى أنه لو كان بأحـد مانع لا يستحق من غير نظر إلى أصـله ، فكذلك فى العطاء ينظر اليهم أنفسهم من غير نظر الى أصولهم .

وقــد أجاب عن استدلال محمد بأن التفرقة بين العمة والخالة ليست بسبب النظر إلى الأصول وحــدها ، بل لأن ذلك آدى إلى اختلاف جهة التوريث واختلاف الجهة يؤدى إلى اختلاف السبب ، وحيث اختلف السبب فإن الاستحقاق يختلف •

وأما عند التساوى فى الاستحقاق والسبب فلا موجب للنظر إلى الأصول ، والترجيح بالإدلاء بوارث ليس توزيعا بين الأصول ، إنما ترجيح بين المستحقين أنفسهم بقــوة نسبهم •

١٧٥ — هــذه أدلة الفريقين • والناظر إلى لب هــذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد يرى أن آبا يوسف أخــذ بنظرية أهل القرابة آخــذا مجردا ، فرتب بين المستحقين بأصنافهم ، ثم بدرجة القرابة ، ثم بالإدلاء بوارث ثم بقوة القرابة ، ثم نظر إلى المستحقين أنفسهم ، ولم يقسم على أصولهم قط ، ولم ينظر إليها ، إلا لترجيح بعضهم على بعض فى بعض الأحــوال ، لترتيب درجات الاستحقاق • ولم يتجه إلى الأصول إلا عند اختلاف حيز القرابة ؛ لأنه اعتبر ذلك اختلاف جهة التوريث ، وبذلك النظر أخــذ قانون الميراث ، كما بينا •

أما مذهب محمد وأبى حنيفة ، فهو فى لبه اتجاه إلى نظر آهــل القرابة مع بعض الاقتباس من نظرية أهــل التنزيل ، أو هو فى الواقع مزج بين طريقة أهل التنزيل ، وطريقة أهل القرابة ، فهو أخــذ من طريقة آهل القرابة الترجيح بين الأصناف ، والترجيح بالدرجة والإدلاء بوارث ، وأخــذ من طريقة آهل التنزيل ، التقسيم بين الذكر والأنثى عند أول اختلاف بينهما •

ولعل أوضح ما أخــذه من طريقة أهــل التنزيل ما يكون فى توزيع الميراث بين المستحقين فى الصنف الثالث ، فإنك تراه يقسم عند التساوى فى الدرجــة والإدلاء بوارث على الإخوة والأخوات أنفسهم ملاحظا استحقاقهم وتعــددهم بعــدد فروعهم على ما هــو مبين •

هــذا تحقيق القول فى ذوى الأرحام ، والمعمول به هو مذهب أبى يوسف وقــد رجحه السرخسى ، واختاره القانون وقــد شرحناه ، وضربنا عليه الأمثال فى صــدر كلامنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

٥ ــ الرد على أحد الزوجين

١٧٦ ــ بينا معنى الرد ، واختلاف الفقهاء فيه وقلنا أن جمهور الصحابة على أنه لا يرد على الزوجين ، وأن عثمان بن عفان رضى الله عنه هو وحده الذى اختار الرد على أصحاب الفروض ، ومنهم الزوجان من غير فرق بين الفرض بسبب الزوجية ، والفرض النسبى •

وقلنا أن قانون الميراث أخذ بذلك المذهب فى الرد على الزوجين إذا لم يكن أحد من ذوى الأرحام ، وبذلك تكون المرتبة التى تلى ذوى الأرحام هى الرد على الزوجين ، فلو كان للمتوفى زوجته وحدها ، ولم يكن ثمة وارث قط من الأقارب عصبات أو أصحاب فروض أو ذوى أرحام فإن الميراث كله يكون للزوجة فرضا وردا ، وكذلك إذا كان المتوفى زوجة فإن زوجها يأخذ كل مالها فرضا وردا إذا لم يكن أحد من أقاربها مطلقا •

أما إذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أحد من ذوى الأرحام ، فإن الزوج أو الزوجة يأخذ فرضه والباقى يأخذه ذو الرحم المستحق له ذكرا كان او أنثى فإذا كان للمتوفى زوجة وبنت بنت استحقت الزوجة الربع ، واستحقت بنت البنت الباقى ، وإذا كان للمتوفاة زوج وأبو أم ، وابن أخ لأم استحق الزوج النصف وأبو الأم الباقى ، ولم يستحق ابن الأخ الأم شيئا لأن الصنف الثانى مقدم على الصنف الثالث •

وإذا كان للمتوفى زوج ، وابن بنت ، وخالة ، فإن الزوج يأخذ النصف ، وابن البنت يأخذ الباقى ، ولا تأخذ الخالة شيئا ، لأن الصنف الأول مقدم على من سواه من باقى الأصناف ، وهكذا •

٦ ــ العصبة السببية

١٧٧ ــ يقصد بالعصبة السببية الميراث بولاء العتاقة ، وهو لا يثبت على من كان حر الأصل ، بل يثبت على من كان معتقا ، وفرعا لمعتق ووراثته تكون للمعتق ذكرا كان او أنثى ، ولعصبة المعتق من الذكور فقط ، فليس فيه عصبة بالغير ولا مع الغير •

والأصل فى ذلك أن العتق يجعل صلة بين المعتق ومن أعتقه ، ويجعله كأقاربه بحيث يرث منه ، ومرتبته تلى ذوى الأرحام والرد على الزوجين ، كما هو نص

القانون ، فلو كان للمتوفى زوجة أو أحد من ذوى الأرحام ما استحق المعتق أو عصبته شيئا ، أما إذا لم يكن أحد من هؤلاء قط ، فإن الميراث يكون له •

وقد تبين ذلك فى ترتيب درجات الاستحقاق فى أول كلامنا •

۱۷۸ — والميراث بالعصبة النسبية يثبت لمن يأتى بالترتيب •

(أ) للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، فإذا كان لامرأة أمة فأعتقتها كان ميراثها لها إذا لم يكن لها أحد قط من أقاربها ، ولم يكن لها زوج ، وترث المعتقة لكونها عصبة سببية - وكذلك إذا كان المعتق ذكرا ، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولقوله عليه السلام « الولاء لحمة ، كلحمة النسب » وقد أثبت النسب الميراث ، فيثبت الولاء مثله •

(ب) فإذا كان المعتق غير موجود ، ولا أقارب للمتوفى ، ولا أحد الزوجين ، كان الميراث لعصبة المعتق من الذكور فقط ، ولا يدخل فيهم النساء عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ، لأن العصبة السببية أساسها النص ، وقد ورد فى الذكور دون الإناث ، ولأن عمل الصحابة كان على ذلك ، فلم يكن فى الولاء عصبة من النساء إلا من أعتق ، وينسب إلى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للنساء من الولاء الا من أعتقن أو أعتق من أعتقن » •

وترتيب عصبات المعتق ، كترتيبهم فى النسب تماما ، فتقدم جهة البنوة على جهة الأبوة للمعتق ، وجهة الأبوة على جهة الأخوة ، وهكذا •

بيد أن أبا يوسف قد نص على أنه إذا كان للمعتق ابن أو ابن ابن ، وله أب ، فإن الأب لا يحجب حجب حرمان ، بل يكون له السدس ، وللابن أو ابن ابن الباقى ، وذلك لما هو معلوم من أن الأب له على مال ابنه نوع من الملك ، فإذا أعتق عبدا ، فللأب فى ذلك نوع ولاء ولا يثبت له ابتداء ، لذلك قرر أبو يوسف أن يكون له السدس مع هذا الابن • وللقياس على حال العصبة النسبية فإن الأب يكون له السدس ، مع أن الابن أو ابن الابن هو العصبة النسبية •

۱۷۹ — ويلاحظ أيضا أن الجد هنا يشترك فى التعصيب مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويشاركونه فيه على حسب القانون ، إذا اعتبر التعصيب السببى كالنسبى فجعلهم[٩٤] يشاركون لتكون الأحكام واحدة •

---

(٩٤) يلاحظ أن ذلك لم يبينه القانون صراحة ، بل جاء فيه ضمنا ، وقد بينت المذكرة التفسيرية كيف اشتمل القانون على ذلك ، ففيها : =

(ج) وإذا لم يكن للشخص معتق له ، ولا عصبة له لانقراضهم أو عــدم وجودهم ، فإنه تكون العصبية السببية معتق معتقه ، إن كان معتقه لم يكن حر الأصل ، وذلك لأن الولاء يتسلل فيثبت على المعتق ، وينسحب منه إلى من أعتقه هو ، ويستحق ذلك معتق المعتق سواء أكان ذكرا أم أنثى لعمل الصحابة ، وللأثر المنسوب إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، الذى أخــذ الصحابة بمعناه ، وإن كان فى رواية نصه نظر .

فإن لم يكن هــذا المعتق للمعتق موجودا ، وله عصبة نسبيون فإنهم يرثن على ألا يستحق منهم إلا الذكور ، فلا يستحق الإناث(٩٥) شيئا على وجه كونهم عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ، ومع ملاحظة أن الجــد يشارك الأشقاء أو لأب ، كما بينا ، وهكذا معتق معتق المعتق وعصبته إن كان أحــد من هؤلاء .

(د) وإذا لم يكن معتقه موجودا ، ولا عصبته ، ولا معتق معتقه ولا عصبته

= « سوى بين العصبة النسبية والعصبة السببية فى مشاركة الإخــوة الأشقاء أو لأب للجــد فى الميراث إذ لا وجــه لاختلاف الحــكم ، واخــذ فى توريثهم بمذهب الصاحبين ، ويلاحظ أن حكم التسوية وإن لم يذكر صراحة فى المــادة ٤٠ من المشروع ، فإن هــذا الحكم مستفاد من النص فيها على أنه عند عــدم المعتق ينتقل الإرث إلى عصبته بأنفسهم على الترتيب المذكور فى المــادة ١٧ ومن النص على أن نصيب الجــد فى العصبة السببية لا ينقص دائما عن السدس » .

السير هنا كان على مقتضى مذهب على ، وليس على مقتضى مذهب زيد الذى اختاره الصاحبان ، فليس القانون سائرا على مذهب الصاحبين كما ذكرت المذكرة .

(٩٥) قال بعض الفقهاء أنه إن كان بيت المــال غير منتظم ويقــوم عليه غير عادل تعطى الإناث فلو كان للعتيق بنت معتق اخــذت ، هــذا وقــد اشتملت على احكام العصبة النسبية المــادتان ٣٩ ، ٤٠ .

مادة ٣٩ ــ العاصب السببى يشمل :

« أ » مولى العتاقة ومن أعتقه أو اعتق من اعتقه .

« ب » عصبة المعتق أو عصبة من أعتقه او اعتق من اعتقه .

« ج » من له الولاء على ميت ، أمه غير حرة الأصل بواسطة ابيه ، سواء أكان بطريق الجر أم غيره ، أو بواسطة جــده بدون جر .

مادة ٤٠ ــ يرث المولى ذكرا كان أو أنثى معتقه على أى وجــه كان العتق ، وعند عــدمه يقوم مقامه عصبته على ترتيبهم المبين بالمــادة ١٧ على الا ينقص نصيب الجــد عن السدس وعند عــدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكرا كان او انثى ، ثم إلى عصبته بالنفس وهكذا ، وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أبى الميت ثم من له الولاء على جــده وهكذا .

ولا ورثة له ، ولكن لشخص ولاء عتاقة عليه بطريق آخر ، فإنه يأخذ ميراثه إن لم يكن له ورثة قط ، ويثبت الولاء بغير الإعتاق للمتوفى فى حالين :

أولاهما — فى ثبوت الولاء على فروع من أعتقه ، إذا كانت أمه أمة عتيقة ، ومثال ذلك أن يتزوج عتيق عتيقة ، فولدهما يكون حرا ، وولاؤه لمن أعتق أباه ، لأن النسب إلى الأب ، وأبوه يرتبط بصلة الولاء لمن أعتقه ، وكذلك إذا تزوج عتيق عتيقة ، ثم تزوج ابنهما عتيقة أخرى فأنجب ولدا فإن ولاءه يكون لمعتق جده ، ففى هذه الصور وسابقتها يثبت الولاء ابتداء مع أن الإعتاق لم يقع على المتوفى نفسه ، بل وقع على أبيه أو وقع على جده ، ويشترط فى هذه الحال أن تكون الأم غير حرة الأصل ، لأنها لو كانت حرة الأصل فولدها يتبعها ، ولا ولاء لأحد عليه .

الحال الثانية — حال جر الولاء ، وتكون إذا كانت الأمة عتيقة قبل الولادة أو بعدها بيقين ، والأب عبد ، فإن الولاء فى هذه الحال يكون لمعتق الأم ، إلى جهة الأب فالذى جر الولاء فى هذه الحال هو معتق الأب سواء أكان المعتق ذكرا أم أنثى وإعتاق الجد لا يجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب .

١٨٠ — وشروط جر الولاء كما جاء فى المذكرة التفسيرية ألا تكون الأم حرة الأصل لأنها إن كانت كذلك يكون أولادها أحرار الأصل تبعا لها ، وإن يكون الأب عبدا عند الولادة ، ويعتق قبل موته ، وألا يكون الولد عند إعتاق الأم فى بطن أمه حقيقة بولادته لأقل من ستة أشهر ، أو حكما ، بأن يحكم القانون بثبوت نسبه ، لأنها إن كانت حاملا وقت عتقها ، فإن الاعتاق يرد عليه لأنه يكون جزء أمه ، فيكون ولاؤه لمعتقها أصالة ، ولا يجر لغيره قط ، لأنه جزء منها ، فالإعتاق واقع عليه بالتبع لها أو بالقصد ، وفى الحالين يكون الولاء بالأصالة لمعتقها لا للضرورة .

ويلاحظ أن الولاء الثابت عن طريق أبى العتيق بالجر أو غيره مقدم على الولاء الثابت بإعتاق جده ، لأن الأب مقدم على الجد فى الولاء ، كما هو مقدم عليه فى الميراث ، فمعتق الجد وعصبته متأخرون عن صاحب ولاء الأب وعصبته .

وكل من يثبت له الولاء يثبت له الوراثة إن لم يكن أحد من الأقارب ، فإن لم يكن المعتق فعصبته الذكور بالترتيب المذكور ، وعصبة صاحب الولاء مرتبون على الطريقة السابقة ، فيكون التقدم بالجهة ، فإن اتحدت الجهة كان الترجيح بقرب الدرجة ، فإن اتحدت الدرجة كان الترجيح بقوة القرابة على ما بينا ، بيد أن الإناث ليس لهن حق فى العصبة السببية قط ، وقد نوهنا إلى ذلك كله فى ماضى قولنا .

والعصبة السببية اتفق على التوريث بها جمهور الفقهاء ، ولكن خالفهم الإباضية ،وقالوا أن الولاء لا يثبت به توريث ، لأن سبب التوريث القرابة أو الزوجية ، ولا قرابة ، ولا زوجية ، فلا يثبت توريث ، ولم يصح فى الأخبار عن النبى صلى الله عليه وسلم توريث بالولاء ، والقرآن الكريم قد جاء فيه « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فإن لم يكن أولو الأرحام ولا زوجية فالميراث يكون لقبيل الشخص أو جنسه من المسلمين ، إن كان حبشيا كان للمسلمين من الأحباش ، وإن كان عربيا كان للمسلمين من العرب ، إن لم تثبت له قرابة خاصة من بينهم ، وهكذا ، لأن الجنس نوع قرابة ، فإن لم تكن القرابة الرحمية الخاصة الثابتة كانت الوراثة للقرابة العامة ، وهى تكون فى الجنس ، ويروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بميراث مولى له مات فقال : هل له من نسب أو رحم ؟ قالوا : لا ... قال أعطوا ميراثه أهل قريته ، ولم يأخذه ، وهو مولاه .

١٨١ — وحجة جمهور الفقهاء فى إثباتهم الوراثة بالولاء ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الولاء لحمة كلحمة النسب » وأن الحرية هى معنى الآدمية فمن أنعم على رقيق بها ، فهو بمنزلة والده الذى كان السبب العادى لوجوده وإذا كان الأب الحقيقى استحق مال ولده بالميراث ، فالأب لحريته يستحق ماله بالميراث إن لم يكن عصبة ، ولقد سار على ذلك الصحابة رضى الله عنهم ، وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك فى هذا الحق ، أيثبت مع نفيه أم لا يثبت إذا نفاه ؟ قال مالك رضى الله عنه لا يثبت ذلك إلا إذا كان العتق لوجه الله سبحانه وتعالى ولم ينف الولاء ، فإن اشترط نفيه انتفى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يثبت الولاء متى وجد العتق ، سواء أكان العتق لوجه الله ، أم كان لغير وجه الله ، وسواء أكان اضطرارا أم كان اختيارا ولا ينتفى بشرط نفيه ، وذلك لأن الولاء ثمرة العتق ، فحيث وجد ثبت ، كما أنه من حيث وجد السبب وجد المسبب ، وهى حقيقة شرعية قررها المعتق للمعتق ، فهى من مقتضى العتق ، وكل شرط يصحب العتق مخالفا لمقتضاه يصح العتق ويلغى الشرط .

ولقـد قرر الفقهاء أن الولاء يثبت التوريث على أنه عصبة سببية تعقب العصبة النسبية ، وتسبق الرد على أصحاب الفروض جميعا ، وتسبق ذوى الأرحـام .

ولكن قانون الميراث لم يسر على ذلك ، بل جعل الإرث بولاء العتاقـة متأخرا عن ذوى الأرحام ، وعن الرد على الزوجين ، وهـو فى ذلك يعمل بمذهب الإباضية عندما يكون ذوو أرحام ، أو أصحاب فروض أيا ما كانوا ، ويأخـذ برأى جمهور الفقهاء ، إن لم يكن أحـد الأقارب قط ، والله سبحانه وتعالى أعـلم .

نظـرة إلى التـوريث فى الإسـلام

١٨٢ — انتهينـا من توزيع التركة على الورثة ، وترتيب درجاتهم ، ومقادير استحقاقهم فى مراتبهم المختلفة ، وقبل أن نتجه إلى ذكر من تئـول إليه التركة إن لم يكن أحـد من الورثة نريد أن نلقى نظرة فى تعرف مرمى الشرع الإسلامى فى ذلك التوزيع ومقامه من النظم الأخرى فى الميراث .

إن أول ما يلاحظ الدارس فى النظام الإسلامى للميراث أنه جعـل ذلك النظام إجباريا بالنسبة للمورث ، وبالنسبة للوارث ، فليس للمورث سـلطان على ماله بعـد وفاته إلا فى الثلث ، ليتدارك به تقصـيرا دينيا فاته فأراد أن يفتديه بالمـال أو ليواسى من يستحق المواسـاة ممن تربطه به صـلة مودة أو قرابة بعيدة لا يستحق بها ميراثا ، أو لينفقه فى جهات البر ومصالح الجماعة التى يعيش فيها ، أما الثلثان فليس له فيهما سـلطان ، والخلافة فيهما يتولاها الشارع يوزعهـا بين أسرته بالقسطاس المستقيم ، كل بمقـدار حاجته أو بمقـدار قرابتـه .

* * *

تولى الشارع فى الإسلام الخلافة فى الثلثين ، ولقـد جعلهما فى أسرته لا يخرجان عنها بل يوزعان فى دائرتها ، وذلك لأن منافع الأسرة متبادلة فيمـا بين آحادها ، فالقوى فيها يحمى الضعيف ، والغنى فيها يمـد الفقير بمـاله ، ويعينه على نوائب الدهر ، وقـد أوجب الشارع للفقير العـاجز عن الكسب نفقة فى مال قريبه الموسر ، ما دام قادرا ، وفى ماله فضل يعطى منه ، فكان

ذلك التبادل الذى أقره الإسلام ، وأوجب بعضه ، وحث على ما لم يوجبه بحكم القضاء – سببا فى أن جعل الخلافة للأسرة فى ثلثى مال المتوفى إجبارا عنه من غير أن يكون له دخل فى ذلك التوزيع ، بل كان التوزيع بوصية الله العادلة :بدلوصية غيره القاسطة .

١٨٣ – وإن جعل الوراثة فى الأسرة لا تعدوها ، أراد صاحب المال أو لم يرد بل سواء أرضى أم سخط وهو من عمل الشارع الإسلامى على حماية الأسرة ، وإقامة بنيانها ، وتوثيق العلاقة بين آحادها ، فهو من الناحية المالية والعاطفية حافظ عليها بوجوبنفقة الفقير العاجز فى مال قريبه الغنى القادر ، ويجعل الميراث للأقارب ؛ وقد سار نظام الميراث مع نظام النفقات بين الأقارب فى خطين متوازيين متماثلين ، فجعل النفقة عند العجز لمن يرث المال إن كان غنيا ، والغرم بالغنم والحقوق والواجبات متبادلة .

وحافظ الشارع الإسلامى على الأسرة ، تلك المحافظة ، لأنها وحدة البناء الاجتماعى ، ولا شك أن إحساس كل واحد منهم بأن له شطرا فى مالها ، يأخذ منه عند العجز ، ويئول إليه بعضه عند الوفاة ، مما يقوى دعائمها ويوثق الصلات وينمى التعاون بين آحادها ، وإنه من الوقت الذى يبتدىء الانحلال فى الروابط التى تربط آحاد الأسرة يكون ابتداء انحلال المجتمع فى الأمة الواحدة ، فتصير آحادها متناثرة ، لا وحدة تجمعها ، ولا رابطة تنظمها ؛ ولا اجتماع يقوم على دعائم من الخلق القويم .

١٨٤ – وإن جعل الشارع الإسلامى الوراثة فى الأسرة مجتمعة ، وبعضها أولى من بعض فى بعض الأحيان ، وهو الأمر الوسط بين نظر الاشتراكيين الذين يمحون التوارث محوا تاما ، ولا يعتبرون للشخص مالا إلا مما كسب بيده ، ونظر الافراديين الذين يجعلون للشخص السلطان الكامل على ماله بعد وفاته كما كان له السلطان الكامل عليه فى حياته ، وإن فى كلتا النظرتين اطراحا للأسرة ، فالأولى أهملتها ، ولو أراد المالك رعايتها ، والأخرى تركتها لإرادته ، إن شاء أعطى ، وإن شاء منع ، وربما يسير فى العطاء والمنع فيما لا يوثق علائق الأسرة بل فيما يوهنها ، فجاء الشارع الإسلامى وسلب من المورث الإرادة فى الثلثين ، وترك لإرادته السلطان فى الثلث ،ولم يسلب إرادته فى الثلثين إلا لحماية الأقربين له ، فهو لم يسلبه الإرادة إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم ، ولكيلا يكون فى النفس جفوة المنع والإعطاء إن تولى ذلك المورث .

وإن شئت أن تقول أن مال الأسرة بين آحادها • فيه نوع شركة فقل ، وإن شئت أن تقول أن النظام الإسلامى يشبه الاشتراكية فى الأسرة فقل ، بيد أن الملكية ثابتة لكل مالك ، لا يحل شىء من ماله للآخر ، إلا بطيب نفسه ، أو بحكم القضاء ، ومظهر تلك الاشتراكية الضيقة فى معناها هو فى وجوب نفقة القريب على قريبه ، وفى جعل الميراث إجباريا بين آحاد الأسرة على النظام الذى بيناه •

١٨٥ — وإن التوزيع العادل الذى تولاه الله سبحانه وتعالى ، يبدو بادى الرأى أنه يقوم على ثلاثة أقطاب :

أولها — أنه يعطى الميراث للأقرب إلى المتوفى الذى يعتبر شخصه امتدادا فى الوجود لشخصه ، من غير تفرقة بين كبير وصغير ، ولذلك كان أكثر الأسرة حظا فى الميراث الأولاد ، ومن ينتسبون إليه ، لا ينفرد به فريق دون فريق ، ومع أنهم أكثر الناس حظا فى الميراث لا يستأثرون به بل يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يكون مجموع ما يستحقون أقل من النصف قط •

وإن مشاركة غيرهم بنحو النصف أحيانا ، هو لمنع تركيز المال فى ورثة بأعيانهم ، فالأبوان إذا يأخذان الثلث ، ويكون من بعدهما لأولادهما ، وهم إخوة المتوفى ، يئول إليهم نصيب الأبوين ، فيكون الاشتراك فى المال بدل الانفراد ، وإن لم يكن أب ، فقد يأخذ الإخوة مع الأولاد كما رأيت فى حال الفرع الوارث المؤنث ، مع أن الإرث كان للأقرب ، لم يكن الإعطاء على سبيل الاستئثار ، بل على سبيل الاشتراك •

١٨٦ — وثانيها : ملاحظة الحاجة ، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر ، ولعل ذلك هو السر فى أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين ، مع أنه من المقرر شرعا ، أن للأبوين فى مال ولدهما نوع ملك ، كما ورد فى الحديث الشريف : « أنت ومالك لأبيك » ولكن لأن حاجة الأولاد إلى المال أشد ، لأنهم فى غالب الأحوال ذرية ضعاف يستقبلون الحياة ، ولها تكليفاتها المالية ، والأبوين فى الغالب لهم من المال فضل ، وهما يستدبران الحياة ، فحاجتهما إلى المال ليست كحاجة الذرية الضعاف •

وفوق ذلك فإن ما يرثانه يكون لأولادهما ، ولا يكون للذرية من طريف مالهما وتالده شىء ، لأن أباهما مات وهما على قيد الحياة ، فكان لابد أن يكون حظ الذرية وفيرا •

وإن ملاحظة الأكثر احتياجا هى التى جعلت الذكر ضعف الأنثى ، ذلك بأن التكاليفات المالية التى تطالب بها المرأة فى كل الأمم ، دون التكليفات المالية التى يطالب بها الرجل ، فهو المطالب بنفقة الأولاد وإصلاحهم ، وهو يمدها بحاجتهم ، وأن الفطرة الإنسانية هى التى جعلت المرأة قوامة على البيت والرجل عاملا كادحا لتوفير القوت ، فكان هذا داعيا لأن يطالب هو بتقديم المال ، وتطالب هى بتدبير البيت ، وهذا بلا شك يجعل حاجة البنت إلى المال دون حاجة الابن ، وحاجة الأخت دون حاجة الأخ ، وإن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل ، والمساواة عند تفاوت الحاجات هى الظلم ، فأولئك الذين يتكلمون فى مساواة الرجل بالمرأة فى الميراث ، لا يسيرون وراء المساواة العادلة ، بل يسيرون وراء المساواة الظالمة .

١٨٧ — ثالثها — أن الشرع الإسلامى فى توزيعه التركة يتجه إلى التوزيع دون التجميع ، فهو لم يجعل وارثا يستبد بها دون سواه ، فلم يجعلها للولد البكر ، ولم يجعلها للأبناء دون الآباء ، ولم يطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه بل وزع كل تركة بين عدد من الورثة ، والصورة التى يستبد فيها وارث بالتركة كلها نادرة جدا ، وهى تكون حيث يقل الأقارب ، وما كان نظام التوريث ليخلق القرابة ، بل ليوزع بينهم بمقدار قربها وقوتها .

لذا ترى الأولاد جميعا يشتركون فى الميراث ، وقد يشاركهم فيه أولاد الأولاد ، وإن كان آباء ، فإنهم سيشاركونهم لا محالة .

وإذا انتقل الميراث من عمود النسب إلى الحواشى ، ويوزع بينهم من غير أن تستبد قرابة دون قرابة ، فإذا كان إخوة أشقاء ، ولأم ، ولأب ، وزع بينهم الميراث فى كثير من الأحوال ، فأولاد الأم ، يأخذون مع وجود أولاد الأب والأم ، مع تعارف الناس فى كل العصور على أن أولئك أقرب رحما ، وأوثق صلة وهم نصراؤه وأعوانه ، ولكن لكيلا تتجمع التركة فى حيز واحد أعطوا .

وليس إعطاء أولاد الأم لتوزيع المال وعدم تجميعه فقط ، بل إن ذلك أيضا لنصرة الأمومة ، وإعلان قوة علاقتها ، وأنها تربط الأولاد ، كما يربط الأب بين أولاده ، وهو رد قوى صريح لما كان يجرى عليه عرف العرب من عدم اعتبارهم قرابة الأم ، ثم هو فوق ذلك من شأنه أن يشعر الإخوة الذين تربط صلة الأمومة بينهم بأنهم لا يقلون قوة فى علاقتهم عمن تربطهم صلة الأبوة ، ثم هو فوق هذا وذلك يجعل الأولاد لا ينفرون من زواج

أمهاتهم ، ولا يعضلونهن لتوهم عار أو نحوه ، لأنهم يعلمون أنهم بهـذا الزواج يصلون قرابات بقرابتهم ، ويزيدون الأنصار والأولياء ، والله بكل شىء عليم •

ولقـد كانوا يرثون مع وجود الأم ، ليتحقق لهم نصيب موفور ، لا قـدر ضئيل ، لأن الأم إن حجبتهم لا يئول إليهم من نصيب أمهم إلا قـدر ضئيل ، وهو ما يشتركون فيه مع سائر أولادها ، فيخصهم قـدر غير كبير ، بينما يأخـذ أولاد الأب قـدرا كبيرا لأن الأم لم تحجبهم ، ولقـد كان من يحجبهم هـو من يحجب أولاد الأب تقريبا ، إذ لا يمتاز أولاد الأب عنهم ، إلا أنهم يأخـذون مع الفرع المؤنث ، وهم فى ذلك الحـال لا يستحقون فرضـا ، بل يستحقون باعتبارهم أولى عاصب •

وممـا بنى على فكرة التوزيع دون التجميع ، ما قرره العلماء من أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، وإذن لو كان كلاهما يرث لكان ذلك جمعا للتركة فى حيز واحـد ، فلو كان الأب وأبوه يرثان ، لكان ذلك تجميعا لشطر كبير من التركة فى حيز واحـد ، ولو كان الابن وابنه يرثان بقـدر واحـد ، لكان ذلك تجميعا ، ولو كانت الأم وأمها ترثان لكان ذلك تجميعا أيضا ، وكذلك العم وابنه ، وهكذا •

١٨٨ — وإن تأخير ذوى الأرحام عن غيرهم فى الميراث ، إنما ذلك لأنهم وإن وصلتهم الرحم يعـدون من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى كما ذكرنا ، ولهم ثروات آلت إليهم من أسرهم ، فكان المعقول ألا يعطوا إلا فى حال عـدم وجود أحـد من أسرة المتوفى ، وأقاربه الأدنين •

إن توريث المولى الذى أعتق ، وإجماع المسلمين على ذلك تقريبا ، وورود الآثار الصحاح به يشجع على العتق ، وفـك الرقاب ، لأنه إذا علم المعتق أنه قريب من أعتقه ، وأنه وليه فيما يترك من مال ، وأنه خليفته ، وأنه فى المنزلة يكون قريبا من أخيه وعمه ، بل أسبق من خاله وابنة أخيه على ما يقول الفقهاء ، أقـدم على الإعتاق ، ليزيد من قرابته ، ويجعله وليا ونصيرا ، بعـد أن كان متاعا وشيئا ، فكأن العتق يكون غنما للمعتق ، وإن كان فى ظاهره غرما •

إنها قسمة الله العادلة ، وتوزيعه الحكيم ، وقـد بينه الله لكيلا يضـل الناس ، وإن ضلوا من بعـد ، فعن بينة وسلطان من الحق مبين ، فتعظم التبعة ويخف الميزان بين يدى الديان ، وقـد قال تعالى فى بيان المواريث : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » •

بيـــان من تكون لـــه التركة إن لم يكن وارث

۱۸۹ ـــ إذا لم يكن أحـــد من الورثة الذين ذكرناهم بترتيبهم ، فإن المال يئول أولا إلى من أراد المورث أن يأخـــذه ، فإن لم يكن أحـــد ممن أراد صاحبه أن يأخـــذه ، أخـــذه بيت المـــال على أنه من الضوائع •

والذين أراد المورث أن يأخـــذوا ماله هم :

أولا ـــ الذين يقر لهم بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، فإنه إذا لم يكن له وارث ممن ذكرنا ، وكان هنـــاك شخص قـــد أقر بأخوته مثلا ، ولا دليـــل عليها ، فإنه يأخـــذ المـــال ، على أن الميت أراد فى حياته أن يأخـــذه ، لا على اعتبار أنه وارث ، إذ أساس الميراث فى القرابة هـــو النسب ، ولا يثبت نسب من يكون الإقرار بنسبه فيه تحميل على الغير بمجرد الإقرار ، ولذلك اشترط أن يموت المقر مصرا على إقراره ، لأنه إن رجع فيه ، فقد تغيرت الإرادة ، فلا يأخـــذ شيئا ، وقـــد بينا ذلك فى موضعه فى أول الكلام فى المستحقين للتركة •

فإن لم يكن هناك مقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، وكان هناك موصى له بأكثر من الثلث ، فإنه يأخـــذ الجزء الزائد ، أى يأخـــذ كل ما أوصى به لأن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هـــو لحـــق الوارث ، فإن لم يكن الوارث - نفـــذت إرادة المتوفى فى ماله ، إذ لا حق تعلق بماله يمنعه من أن يتصرف فيه بعـــد وفاته لمـــن يشـــاء ، وقـــد بينـــا ذلك عند ترتيب درجات الاستحقاق ، وبيان المستحقين •

وإن لم يكن موصى له بكل المـــال ، بل فضل شىء من بعـــد تنفيذ الوصايا أو لم تكن وصايا ، فإن التركة تكون لبيت المـــال وتذهب إلى بيت مال الضوائع وهو الذى يكون فيه كل مال لا يعرف له مالك ، وقـــد قررنا أن جمهور الفقهاء يقررون أن بيت المـــال لا يستحق باعتباره وارثا ، بل يلقى فيه المـــال باعتباره لا مالك له ، ولو ظهر للميت ورثة أعطوا التركة ، وقـــد قال بعض الفقهاء أنه يذهب إلى بيت المـــال باعتباره وارث من لا وارث له ، ولقـــد اختار القانون أن بيت المـــال لا يستحق باعتباره وارثا ، بل يأخـــذ المـــال على أنه لا مالك له ، وقـــد بينا ذلك فى أول الكلام فى المستحقين للتركة •

أحـكام لبعض الـوارثين

١٩٠ ــ بينا فيما مضى أنه لابد من وجود الوارث بعـد وفاة المورث • وذكرنا أنه يتغير مقـدار الإرث فى كثير من الأحوال بالاختلاف بين الذكورة والأنوثة وبينا أنه لابد من ثبوت النسب الذى هـو سبب قيام الوراثة بالنسبة للأقـــرباء •

ولبعض المستحقين للتركة أحـوال تتردد بين الوجود والعـدم ، وتردد بين الذكورة والأنوثة ، ويتردد النسب بين الثبوت والنفى •

فالذين تتردد حالهم بين الوجود والعـدم الحمل ، والمفقود ، ومن يتردد حاله بين الذكورة والأنوثة الحمل ، وهو حمل ، والخنثى • ومن يتردد نسبه بين النفى والثبوت هـو ولد اللعان • ويقاربه ولد الزنى ، وإن هـذا الباب من بحثنا شامل لكل هؤلاء ، ولنتكلم فى ميراثهم واحـدا واحـدا •

١ ــ الحمـــل

١٩١ ــ إن الحمل ، وهو فى بطن أمه يتردد بين الوجـود ، والعـدم • لأنه إن ولد حيا استندت حياته إلى وقت وفاة المورث ، وإن ولد ميتا اعتبر معـدوما وقت الوفاة ، وذلك لأن الحمل له اعتباران وقت استقراره فى بطـن أمه ، (أحـدهما) أن يكون جزءا منها ، وبذلك لا يستحق ميراثا ، لأنه ليس حيا مستقلا ، (والثانى) أنه حى له وجود قائم ، وإن كان تابعـا فى الحس لغيره ، فإن ولد حيا رجح الاعتبار الثانى ، وإن ولد ميتا رجح الاعتبار الأول ، فإذا ولد حيا كان ذلك حكما له بالحياة المستقلة المنفردة من وقت وفاة المورث •

وكما يتردد الحمل بين الحياة وغيرها فى الاعتبار ، كذلك يتردد بين الذكورة والأنوثة ، وفى أكثر الأحيان يختلف النصيب باختلاف الذكورة والأنوثة وقـد يكون فرضه ذكرا أحظ له ، وقـد يكون فرضه أنثى أوفر له •

ولأجل هـذا التردد بين الحياة وعـدمها ، وبين الذكورة والأنوثة لا يمكن توزيع التركة توزيعـا نهائيا ، قبل الولادة ، بل لا يمكن بحال من الأحـوال قسمتها نهائيا ولو بالسهام قبلها ، ولـو انتظر الأمر بالنسبة للتركة كلها إلى ما بعـد الولادة لكان أتم ، لينجلى الأمر ، وتكون القسمة على بينـة ، فيأخـذ

كل ذى حق حقه أخذا نهائيا ، لا ينقص من بعد ، لتغير الفرائض ، إذ أنها تصير غير قابلة للتغير •

ولكن قد يوجد ما يوجب أن تقسم التركة ولو تقسيما ابتدائيا غير نهائى قبل الولادة ، ولذلك وضعوا أحكاما لحال التقسيم والاحتياط لمصلحة الحمل ما أمكن الاحتياط ، وكان ذلك الاحتياط بأن يعطى الورثة الموجودون أقل ما يستحقه كل واحد على فرض الذكورة والأنوثة ، ويفرض الحمل واحدا ، ولكن لاحتمال أن يكون أكثر من واحد يؤخذ كفيل من الورثة الذين يتأثر نصيبهم بالتعدد، بأن يعطى عند الولادة ما ينقصه التعدد فى نصيبه ، إن تبين أن الحمل أكثر من واحد •

١٩٢ — ولبيان هذا الإجمال نقول أن الحمل فى وراثته له أربع أحوال :

الحال الأولى — ألا يرث مطلقا ، لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة كالمسألة الآتية :

توفى رجل عن زوجة وأختين شقيقتين وأم ، وزوجة أب حامل فإنه فى هذه الحال لا يرث على فرض الذكورة ، ولا على فرض الأنوثة ، لأنه إن كان ذكرا ، فسيكون أخا لأب يأخذ الباقى ، وليس فى المسألة باق بعد أصحاب الفروض ، إذ الزوجة ستأخذ الربع ، والأختان ستأخذان الثلثين ، والأم تستحق السدس • فيكون أصل المسألة — ١٢ — وتعول إلى — ١٣ — فلا باقى فيها ، وإن فرض ان الحمل أنثى فسيكون أختا لأب محجوبة ، لاستحقاق الشقيقتين الثلثين مع عدم وجود من يعصبهما ، وهذه الصورة فى الحقيقة خارجة عن كلامنا ، ولكن ذكرناها لتتم الفروض العقلية •

الحال الثانية — أن يرث قدرا وحدا على فرض الذكورة والأنوثه ، وذلك يكون إذا كان الحمل من أولاد الأم ، ومثال ذلك أن يكون الورثة أما حاملا من غير ابى المتوفى وأختا شقيقة ، وأختا لأب ، ففى هذه الحال يكون الحمل ولد أم يستحق السدس لا فرق بين أن يكون ذكرا ، فيكون أخا لأم ، وبين ان يكون انثى فيكون أختا لأم • وفى هذه الحال يحفظ له السدس ، ويعطى الورثة أنصبتهم •

الحال الثالثة — أن يرث على أحد الفرضين ، ولا يرث على الفرض الآخر ومثال ذلك أن يكون الورثة زوجا ، وأختا شقيقة ، وأخوين لأم ، وزوجة

أب حاملا ، ففى هـذه الحال ، لو فرض الحمل ذكرا لا يستحق شيئا ، لأنه سيأخـذ الباقى ، ولا باقى فى هـذه المسألة ، إذ الزوج أخـذ النصف والأخت الشقيقة أخـذت النصف والأخوان لأم استحقا الثلث ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وعالت إلى — ٨ — فلا باقى • وإن فرض الحمل أنثى كان أختا لأب ، فتستحق السدس تكملة للثلثين • إذ كانت أخت شقيقة استحقت النصف ، وعلى ذلك تعـول المسألة إلى — ٩ — •

وفى هـذه الحال يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى ، ويعطى أصـحاب الفروض فروضهم على ذلك الأساس ، فإن ولد الحمل ، وظهر أنه أنثى أعطى ما حفظ له ، وإن ظهر أنه ذكر رد ما حفظ إلى الورثة ، وكملت لهم أنصبتهم على فرض الذكورة •

واستخراج هـذه الحال يقضى أن تحل المسألة حلين : (أحـدهما) على فرض الذكورة • (والآخر) على فرض الأنوثة ، وما يثبت أن يرث فيـه يحفظ له نصيب على أساسه ، ويعطى الورثة أنصبتهم على هـذا الأساس •

الحال الرابعة — أن يرث بكلا الفرضين ، الذكورة والأنوثة ، ويختلف نصيبه فى أحـدهما عن الآخر ، وفى هـذه الحال تحل المسألة حلين : حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة ، ويعطى الورثة الموجودون أبخس الأنصبة فى الحالين ، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين مضافا إليه فروق الأنصبة ، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل ، ولنضرب لذلك مثالا موضحا هو :

	زوجـة حامل			بنت	أب ، أم وتركة ١٢٦ ف	
على فرض الذكورة —	زوجة	حمل (ابن)		بنت	أب	آم
	١/٨	الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين			١/٦	١/٦
أصـل المسألة فيستحق كل	٢٤ — ٣		١٣		٤	٤
منهم من التركة	٢٧		٧٨	٢٩	٣٦	٣٦

	زوجة	بنت	بنت	أم	أب
وعلى فرض الأنوثة	٥		٢	١	١
	—		—	—	—+الباقى
	٨		٣	٦	٦
فيستحق	٣	١٦	٤	٤ وتعول إلى ٢٧	
	٢٤	١٢٨	٣٢	٣٢	
		٦٤	٦٤		

وبالموازنة بين النصيبين لكل وارث نجـد الأخس :

للزوجه	٢٤	تعطاه
للبنت	٢٩	تعطاه
وللأب	٣٢	يأخذه
وللأم	٣٢	يأخذه

ويحفظ تحت يد آمين أوفر النصيبين للحمل وهو ٧٨ ، ويحفظ تحت يد الأمين أيضا فرق الأنصبة ، وهو (١١ ف) ويؤخـذ كفيل ممن يتأثر نصيبه بالتعـدد ، وهـو البنت ، لأنه إن تعـدد الحمل قـل نصيبها بمقدار عدده ، وإن ظهر بعـد الولادة إن الحمل ذكر وهـو الابن أعطى ما حفظ له ، وكمل نصيب الزوجة إلى ٢٧ ، والأم إلى ٢٦ ، والأب ٣٦ •

وإن ظهر أنثى ، كمل نصيب البنت إلى ٦٤ ، وأعطى الحمل ٦٤ ، وبقيت أنصبة الباقين كما هى •

وإذا ولد الحمل أكثر من واحـد ، فإنه يكمل المحفوظ لـه من نصيب البنت ، وينفذ عقد الكفالة إن امتنعت عن إعادة الحق إلى صاحبه •

ولقـد اكتفى فى هـذه الحال بالكفالة لندرتها ، إذ الغالب الشائع الكثير أن تلد الحامل ولدا واحـدا •

١٩٣ ــ ويشترط لميراث الحمل شرطان : (أحـدهما) ما نوهنا عنـه آنفـا ، وهو ولادته كله حيا ، بأن تستمر له الحياة حتى تتم الولادة ، فإن مات قبل تمامها لا يرث ، كما هـو المعمول به ، وإن ذلك شرط عام فى كل ولادة ، سواء أكانت بجناية أم غير جناية ، وهـذا على حسب المعمول به ، كما بينا فى موضعه من شروط الوراثة عامة •

(ثانيهما) أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت وفاة المورث ، وذلك لأن وجود الوارث عند وفاة المورث شرط لثبوت الإرث ، وقد قلنا إن ولادته حيا تجعل حكم الحياة يثبت من وقت الوفاة ، فلابد أن يكون الحمل ثابتا وقت الوفاة •

وتأكد وجوده فى بطن أمه وقت الوفاة يكون بطريقتين ، إحداهما التأكد الحقيقى ، والثانية التأكد الحكمى ، ولكل واحد من الطريقين حال لا يثبت فى غيرها •

فالتأكد الحقيقى يكون بولادته لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوفاة ، وذلك يكون إذا كانت الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل وقت وفاة المورث ، ولا تتصور هذه الحال إلا إذا كان الحمل ليس ولدا صلبا للمتوفى فإن ولدته لأكثر من سبعين ومائتى يوم ، فإن الميراث لا يثبت له ، لأنها غالبا تكون قد حملت به بعد الوفاة ، فلم يكن موجودا وقتها ، فلا يرث شيئا ، لعدم توافر شرط الميراث الأساسى •

ولنضرب لذلك مثلا ، إذا توفى شخص عن زوجته ، وأخت شقيقة ، وأم حامل من غير أبى المتوفى ، والزوجية قائمة بينها وبين زوجها ، فإنه لكى يرث حملها باعتباره من أولاد الأم لابد أن تلد لسبعين ومائتى يوم من وقت الوفاة على الأكثر ، وإلا لا يستحق شيئا •

والتأكد الحكمى أن يثبت نسبه ، وذلك يكون بولادته حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر ، ويكون هذا التقدير بالنسبة للمعتدات اللائى كانت الوفاة وهن معتدات ، سواء أكانت العدة من فرقة بطلاق بائن أو رجعى ، أم كانت من موت ، وتبتدىء المدة المعلومة من وقت ابتداء العدة ، لا من وقت وفاة المورث ، وهذا بلا شك إذا كانت المعتدة ليست زوجته ، وقد تكون معتدته بأن كانت زوجته عند الحمل فيكون ولده الصبى إن ثبت نسبه فإن المدة فى هذه الحال تبتدىء من وقت وفاته هو ، لأن وقت ابتداء العدة ، هو وقت وفاته هو ، إذ أن وفاته هو جعلتها معتدة عدة وفاة ، فيكون لها حكم سائر المعتدات ، وعلى ذلك إذا مات الشخص عن زوجته وهى حامل فإن حملها يرث إن أتت به لخمسة وستين وثلثمائة يوم من وقت وفاته ، وإن مات عن زوجة ابنه الحامل الذى توفى قبله ، فإن الحمل لا يرث إلا إذا أتت به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت وفاة ابنه •

وإنما اعتبر التأكد الحكمى فى هـذه الأحوال ، لأن الشارع حكم بثبوت النسب فى هـذه الأحوال ، ولهـذه المدة ، وحكمه بثبوت النسب يقتضى أن يكون فى بطن أمه وقت الفرقة أو الموت ، فلو كان لا يحكم بذلك بالنسبة للميراث لأدى ذلك إلى أن يحكم الشارع بوجوده فى بطن أمه ، وبعـدم وجوده فى وقت واحد ، وحال واحدة ، فكى تكون الأحكام متناسقة ، اعتبرت تلك المدة المقررة لثبوت النسب هى المقررة لثبوت الميراث ، ولأن الميراث فرع ثبوت النسب فحيث ثبت النسب يكون الميراث لا محالة(٩٦) .

١٩٤ ـ هـذا ما اشتمل عليه القانون بالنسبة لميراث الحمل ، وهـو يخالف فى شروطه المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من وجـوه اقتضت المصلحة فى نظر واضعى القانون تلك المخالفة ، وقـد اعتمدوا فيها على ما جاء فى بعض المذاهب ، وعلى ما لولى الأمر من سلطان فى تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وهـذه الوجوه هى :

(أ) أن القانون اعتبر الشرط لميراثه ولادته كله حيا ، والمذهب الحنفى كان يكتفى بأن ينزل أكثره من بطن أمه وهـو حى ، فلو مات بعـد ذلك استحق

---

(٩٦) اشتملت على أحكام الحمل فى القانون المواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ وهذا نصها :

مادة ٤٢ ـ يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقـدير أنه ذكر أو أنثى .

مادة ٤٣ ـ إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ، ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى ـ أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت والفرقة إن كانت أمه معتدة من موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العـدة .

الثانية ـ أن يولد حيـا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

مادة ٤٤ ـ إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه ، رد الزائد على من يستحقه من الورثة » .

ويرى أنه فى هـذه المـادة ينص على من يرجع إذا نقص النصيب ، أيرجع على الكفيل أم الأصيل ؟ وفى الحقيقة أنه لم يأت ذكر للكفالة لمن يتأثر نصيبه بالتعـدد ، وهى الحالة التى يتصور فيها النقص ، وما دام لم ينص على الكفالة يعتبر المعمول به مذهب الحنفية الذى ذكرناه .

الميراث عند الحنفية ، والتقييد بولادته كله حيا مأخـوذ من مذاهب الأئمـة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي ؛ ووجـه ترجيح هـذا الرأى على المذهب الحنفى أن ولادته حيا مستقرة ثابتة لا تكون إلا إذا نزل كله حيا .

وتعرف حياته بحركة أو صوت أو عطاس - أو بكاء أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شيء من ذلك كان للقاضى أن يسأل الذين عاينوا من أهـل الخبرة من الإطباء لمعرفة حياته بعـد ولادته .

(ب) أن الحـد الفقهى للتأكد الطبيعي من وجود الولد فى بطن أمه هـو ستة أشهر فى المذهب الحنفى ، ولكن القانون اختار للتأكد الطبعي ولادته لسبعين ومائتى يوم ، وقـد اقتبس هـذا من رأى فى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ووجه اختيار ذلك الرأى أنه يتفق مع الأغلب الشائع ؛ فينـدر الذين يولدون ويعيشون فى مدة دون هـذه المدة . والنادر لا تبنى عليه أحكام المنع والعطاء ، كما هـو مقرر وثابت فى أكثر الأحكام ، ولكن يلاحظ أنه سار على اعتبار تسعة الأشهر بالأيام ، لكل شهرثلاثون يوما . والمذهب الحنبلى اعتبرها تسعة أشهر هلالية . ولكن يخفف من تلك المخالفة أن الولادة إن كانت فى وسط الشهر تعتبر بالأيام فى بعض الأقوال ، أى يحتسب لكل شهر ثلاثون يوما ، كما هو القانون .

(ج) أن المدة بالنسبة لتأكد الحكمى فى المعتدات اعتبرها سنة شمسية والمذهب كان يحتسبها بسنتين قمريتين ، والقانون يتفق فى الجملة مـع رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المـالكية ، فهو قـد اعتبر أقصى مدة للحمـل سنة ولكنه اعتبرها سنة قمرية . والقانون اعتبرها سنة شمسية ، وفوق ذلك أن القانون ألحق المعتدات من طلاق رجعى بالمعتدات من موت أو طلاق بائن ، وجمعها فى حكم واحـد ، بينما المذهب الحنفى يشترط بالنسبة للمعتدات من طلاق رجعى التأكد الطبعى ، ولا يكتفى بالتأكد الحكمى إلا فى المعتدات من وفاة أو طلاق بائن أو ما فى حكمه .

وإن ذلك يتجه فيـه القانون الى المنطق الذى سارت عليه المحاكم الشرعية منذ سنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ٢٥ لهـذه السنة ، لأنه اعتبر سماع الدعـوى لثبوت النسب للمعتدات من طلاق رجعى كسماع الدعوى لثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من طلاق بائن ، فكان من الاتساق القانونى أن يسير قانون الميراث على ذلك المنهاج .

١٩٥ — يجب أن نلاحظ هنا أنه بمقدار تلاقى قانون الميراث مع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نجد المفارقة بين هذين القانونين ، وقانون الوصية بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعى ، إذ أن قانون الوصية خالفها فى مدة حمل المعتدة من طلاق رجعى ، فجعل طريق التأكد بالنسبة لها هو طريق التأكد الطبعى ، وهو تسعة أشهر ، كما يستفاد من المادتين ٣٥ ، و ٣٦ — فقد قيد التأكد الحكمى بحال كون الفرقة بطلاق بائن أو بوفاة أو بحال الإقرار بالحمل .

ومن هذا نرى التخالف واضحا بين قانون الوصية ، وقانون النسب ، وقانون الميراث : فقانون الوصية يخالف القانونين الأخيرين ، وذلك تفارق لا يسوغ فى قوانين الدولة الواحدة فى موضوع واحد ، فحكم بوجوده إن ولد لمدة سنة فى قانونين ، ولم يحكم بذلك فى قانون ثالث .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر فى هذه القوانين الثلاثة : إما بجعل المدة تسعة أشهر بالنسبة للطلاق الرجعى فى القوانين الثلاثة أو ٣٦٥ يوما فى هذه القوانين ليكون المنطق واحدا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢ — المفقود

١٩٦ — المفقود كما بيناه فى صدر كلامنا فى الميراث عندما بينا شرح الميراث — هو الغائب الذى لا تعلم حاله ، أهو حى أم ميت ، وقد قررنا أنه يستمر على حكم الحياة بالنسبة لأمواله الثابتة له ، فلا تنتقل إلى ورثته إلا بعد أن يحكم القاضى بموته ، وأنه بالنسبة للأموال التى تئول إليه بالميراث أو الوصية لا يستحق شيئا منها إلا إذا ثبت وجوده على وجه اليقين ، فإن حكم بموته استند الحكم بالنسبة للمواريث التى كانت تئول إليه إلى وقت غيبته ، ويعتبر ميتاً من وقت الغيبة إلى وقت الحكم بالنسبة للمواريث والوصايا ، وكل ما يدخل فى ملكه من مال جديد ، ولذلك وضعه فى بيان أحكام المفقود فى غير هذا الكتاب .

وعلى هذا نقول أنه إذا مات من يرثه المفقود ، فإنه يوقف نصيب المفقود إلى أن يحكم القاضى بموته ، فإن ظهر حيا استحق ما وقف له ، وإن حكم القاضى بموته رد ما وقف له إلى الورثة الذين يرثون الميت ، لو كان المفقود ميتا قطعا فى ذلك الوقت .

وأنه لأجل هـذا يجب أن تحل مسألة الوراثة التى يكون فيها مفقود حلين : أحـدهما على فرض حياته ، وثانيهما على فرض موته ، ويعطى الورثة أبخس النصيبين ويحفظ له نصيبه على فرض الحياة ، ولنضرب لذلك بعض الأمثـال :

(أ) إذا توفى شخص عن ابن مفقود ، وأب ، وأم ، وزوجة ، فإنه بفرض حياته يستحق الأب السدس ، والأم السدس ، والزوجة الثمن والباقى لـه • وتكون المسألة من ٢٤ للزوجة ثلاثة • وللأم أربعة وللأب مثلها ، والباقى وقدره — ١٣ — يحفظ مقـدار ما يقابله للابن المفقود تحت يد أمين • فإن كانت التركة ٢٤٠ ف يحفظ ١٣٠ ف ، ثم يفرض أنه ميت فتستحق الزوجة الربع ؛ والأم ثلث الباقى ، والأب الباقى فيكون أصل المسألة — ١٢ — يكون للزوجة ٣ ، وللأم ٣ وللأب ٦ ، ويكون مقـدار ما تستحقه الزوجة على هـذا الفرض ٦٠ ف وما تستحقه الأم ٦٠ ف وما يستحقه الأب ١٢٠ ف •

وبمقابلة الأنصبة يعطى الموجودون أبخس النصيبين فى الفرضين فتأخـذ الزوجة على فرض الحياة ، وهـو ثلاثون فـدانا ، والأم كذلك ، وهـو ٤٠ ف والأب مثلها ٤٠ ف والباقى وقـدره ١٣٠ ف يحفظ تحت يد أمين •

(ب) وإذا كان المتوفى قـد ترك زوجـة ، وبنتا ، وابنا مفقودا . وأما وأبا والتركة ١٤٤ ف ، فإن المسألة أيضا تحل على فرض حياة المفقود فيكون التوزيع هكذا :

زوجـة	بنت وابن	أم	أب
١		١	١
—	الباقى	—	—
٨		٦	٦

وأصـل المسألة ٣٢٤ س = ١٨ ف ١٣ = ٤٧٨ = ٢٤ ف ٣ س = ٢٤ ف ويستحق الابن على هـذا ٥٢ ف • وهى ثلثا ٧٨ ف وتستحق البنت ٣٦ ف ، وهو الثلث وعلى فرض وفاة المفقود يكون التوزيع هكذا :

	زوجة	بنت	أم	أب
	١	١	١	١
يستحق كل واحـد	—	—	—	— + الباقى
	٨	٢	٦	٦

وأصـل المسألة ٣٢٤ = ١٨ فتَ ١٢ = ٧٢ فتَ ٤ = ٢٤ — ٤ + ١ = (٣٠ ف) •

وعلى هـذا تأخـذ الزوجة ١٨ فتَ والأم ٢٤ ف ، ولا يتغير نصيبهما ، والأب يأخـذ أبخس النصيبين ، وهـو ٢٤ فتَ ، والبنت كذلك تأخـذ أبخس النصيبين ، وهـو ٣٦ ف ، ويحفظ للمفقود نصيبه على فرض حياته ، وهـو ٥٢ ف فإن ظهر حيا أخـذه ، وإن حكم بموته كمل نصيب كل وارث من السابقين ، لكى يأخـذ نصيبه على فرض الوفاة(٩٧) •

١٩٧ — واعتبار المفقود غير وارث إن حكم بمـوته ، وانسحاب الحكم على المـاضى بالنسبة للميراث وغيره ، هـو رأى أبى حنيفة ومالك رضى الله عنهما ، وقال الشافعى وأحمد رضى الله عنهما إنه لا يعتبر ميتا إلا بعـد وقت الحكم بموته ، لأنه قبل ذلك حى ، له كل أحكام الأحياء ، لأنه فارق أهله حيا ، وما دمنا قـد اعتبرناه ميتا من وقت حكم القاضى فقط بالنسبة لأمواله الثابتة له التى تورث عنه ، فلا يعتبر وارثا إلا من يكون وارثا وقت حكم القاضى ، فكذلك لا يعتبر ميتا إلا من ذلك الوقت بالنسبة للأموال التى يكتسبها من غيره وقت الفقـد بالميراث والوصية والهبة ، ولا يصح أن يفرض شخص واحـد حيا وميتا فى وقت واحـد ، فيكون حيا بالنسبة لمـاله الثابت ، ويكون ميتا بالنسبة للمـال الذى يكتسبه من غيره •

وحجة المـالكية والحنفية أن فرض حياته وقت الفقـد هو بقاء الأصل الثابت وذلك يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لإدخـال ملكية جـديدة لم تكن ثابتة ، ونحن ما اعتبرناه ميتا بيقـين ، حتى يقـال أننا فرضنا للمفقود وضعين متناقضين فى وقت واحـد ، بل اعتبرنا حياة المفقود حيـاة احتمالية قبل الحكم بموته ، وهـذه الحيـاة لا تكفى لإثبات ميراثه من غيره ، ولا لميراث غيره منه ، إذ أن شروط ميراثه من غيره تأكد حياته عند موت المورث ، وحياته غير مؤكدة ، وشرط ميراث غيره منه تأكد وفاته ووفاته غير مؤكدة ، فلا يرث منه غيره فى ذلك الوقت ، فلما جاء حكم القاضى بالوفاة أكـد

---

(٩٧) بينت حكم ميراث المفقود المـادة ٤٥ من قانون الميراث ، وهـذا نصها :
« يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا اخـذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعـد الحكم بموته اخـذ ما بقى من نصيبه بايدى الورثة .

احتمال الوفاة من وقت الحكم ،وليس ذلك بمقتضى تأكد الحياة قبل ذلك ، فإذا كان قد استوفى شرط توريثه لغيره من وقت الحكم ، فشرط وراثته من غيره ثابت قبله[٩٨] •

١٩٨ — ويلاحظ أن هذا كله إذا لم يعلم تاريخ وفاته بدليل شرعى من بينة ، أو ورقة رسمية تثبت وفاته وتاريخها ، ولو بعد الحكم بالموت فإنه فى هذه الحال يكون ذلك الدليل هو المرجع الذى يرجع إليه ، فإن أثبت أن الوفاة كانت قبل وفاة المورث الذى وقف ميراثه فيه ، حتى يقضى القاضى تقررت الأمور على ذلك ، وإن كانت وفاته بعد وفاة ذلك المورث استحق ميراثه لأنه ثبتت حياته بيقين بعد وفاة المورث ، وبذلك يتحقق شرط الميراث بإجماع الفقهاء ، وهذا كله إن لم يكن قد صدر حكم •

فإن كان قد صدر حكم بالوفاة ثم ظهر هذا الدليل الدال على وفاته فى ميقات معلوم ثابت ، فإنه يتضمن الدليل على حياته قبل ذلك التاريخ ، وبذلك يسير الأمر على مقتضاه ، فيرث إن كان يثبت وقت وفاة مورثه ، ولا يستحق من ورثته إلا من يكونون موجودين عند وفاته الثابتة بدليل لاشبهة فيه ، لأنه بهذا الدليل خرج عن أن يكون مفقوداً ، إذا علمت حياته ووفاته بيقين وصار غير مجهول الحياة والوفاة •

---

(٩٨) قد بينا شرط ميراث المفقود من غيره فى شروط الميراث إجمالا ، والأصل الذى بنى عليه الخلاف بين الفقهاء ، فارجع إليه .

والقولان المذكوران هنا وهناك هما المشهوران ، وهناك رأيان آخران فى طريقة توريث المفقود جاءا فى شرح الشنشورى للرحبية :

(أحدهما) أن يفرض المفقود ميتا ، ويعطى الورثة الأحياء قطعا الأنصبة على فرض وفاته فإن تبين أنه حى ، أعيدت القسمة من جديد على أساس حياته فى المال الموجود بأيديهم لأن استحقاق الحاضرين ثابت بيقين ، واستحقاق المفقود احتمال ، ولا يمنع الحق الثابت لأمر محتمل .

(وثانيهما) أنه يقسم الميراث على أساس حياته فقط من غير تقدير وفاته ، فإن ظهر خلافه بأن حكم بموته وزعنا على أساس أنه كان ميتا وقت وفاة المورث .

والحق أن الرأى الثانى قريب مما عليه الجمهور ، لأن الجمهور يحلون على أنه حى ثم على أنه ميت ، ويحفظون نصيبه على فرض الحياة وغيره بأخذ أبخس الفرضين ، والغالب الكثير أن أبخس الفرضين يكون على فرض الحياة إلا إذا كان المفقود يعصب غيره .

وإن كان الدليل يثبت وفاته بعد الحكم بوفاته ، أى أن التاريخ الثابت للوفاة الذى قام عليه الدليل يدل على أنه كان حيا وقت الحكم بوفاته ، وأن وفاته جاءت لاحقة للحكم يكون الأمر فيه كما لو ظهر حيا بعد الحكم بوفاته ، وعلى ذلك يأخذ ورثته وقت وفاته ما يكون قائما من ماله ، لأنهم قائمون مقامه فى ماله الذى كان ثابتا له قبل الغياب ، أو اكتسبه بعد الغياب بقيام الدليل على الحياة .

١٩٩ — وأنه من المقرر أنه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال ، سواء أكان ثابتا له قبل الغياب ، أم كان يمكن أن يكتسبه بعد الغياب ، أو بعبارة أدق اكتسبه بحكم الشرع فإنه يأخذه ، إن كان قائما فى ملك الورثة لأن الملكية فيه ثابتة ، وقد ظهر أن زوالها لم يكن مبنيا على أساس صحيح ، إذ بنى على أساس الوفاة ، وقد ظهر نقيضها ، أما إذا كان قد استهلك فإنه لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان ، والضمان يكون بأحد أمرين إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة ، وإما بالتعدى ، ولا عقد أوجب الضمان ، ولا تعدى — إذ أن أيديهم كانت يدا شرعية استولت بحكم شرعى محترم ، وإذ لم يوجد سبب للضمان ، فإنه لا يسوغ له أن يضمنهم القيمة ، وكذلك الحكم إذا كان المال قد خرج من ملكهم بسبب مشروع ، لأنه لا سبيل إلى تضمين المشترى ، ولا الأخذ جبرا عنه لأنه ملك بسبب شرعى ، ومن يد عادلة متصرفة ، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية ، كما أنه لا سبيل إلى تضمين الورثة ، للسبب الذى ذكرناه آنفا ، هذا ويستوى فى ذلك الحكم الورثة الذين ورثوا مال مورثه الذى كان يرثه ، إذا ثبتت حياته وقت موته ، والورثة الذين يرثونه على أساس وفاته ، وتبين أنه حى يرزق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢٠٠ — وأنه عند الكلام فى المفقود يتكلمون فى الأسير ، والأسير له حالان (إحداهما) أن يكون مجهول الحياة فلا يدرى أهو حى أم ميت ، ولم يعلم مقامه ، وهذا يكون مفقودا ، له كل أحكام المفقود فيورث عند الحكم بموته ولا يرث غيره إن مات حال فقده .

(الثانية) أن يكون معلوم الحياة ، فإن كان لم يسترق ، فإنه يرث إجماعا ، لأنه صالح للامتلاك ، وإن استرق ورث عند جمهور الفقهاء ، وحفظ له ماله حتى يعود إلى دار الإسلام ، أو يموت ، فيكون لورثته ، وذلك لأنه فى حكم الإسلام حر ، فلا نعترف بالرق الذى وضعه أهل دار الحرب عليه ، والله ولى المؤمنين .

٣ ــ الخنثى

٢٠١ ـ الخنثى آدمى تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة ، وعلامات أخرى تدل على الذكورة ، ومن كان كذلك يكون له فى الغالب فرج وذكر إذ هو الذى يعلن الذكورة ، أو يعلن الأنوثة ، فإن وجـدا فقد تعارضت الأمارتان .

وإذا ولد إنسان على ذلك النحو تحرى أهـل الخبرة حاله ، فإن تبين أن إحـدى العلامتين أغلب وأبين وأقوى تأثيرا حكم بمقتضاها ، فيكون ذكرا إن غلبت عليه علامة الذكورة ، ويكون أنثى إن غلبت عليه علامات الأنوثة ، وإن استعين فى ذلك بجراحة يقوم بهـا الخبير لتتبين حاله كان ذلك سـائغا ، فإن حكمة الله سبحانه وتعالى تقضى ألا يكون فى إنسان وصفان متناقضان ، فمن قام بجراحة لتبين الحال فليكشف عن خلق الله(٩٩) .

وربما لا تستبين الحال وهو غلام فينتظر إلى الكبر ، حيث تظهر الأنوثة الكاملة أو الذكورة الكاملة ، فيتعرف أى العلامات أغلب ، فيحكم بمقتضاها ، فإن لم يعلم بعـد البلوغ ، وعجز الطب عن أن يكشف عن الصفات الكامنة فى ذلك المخلوق ، فإن حاله تكون مشكلة ، ويسمى خنثى مشكلا ، ونستبعد كل الاستبعاد أن يعجز الطبيب الصحيح العارف عن معرفة حاله معرفة مقربة ، وإن لم تكن معينة .

ويظهر من كلام الفقهاء أن الحكم بأن الخنثى مشكل لا يستقيم إلا بعـد بلوغـه ، لأن التباس الحال قبل البـلوغ ، وحاله المرتقبة بعـد البـلوغ أكثر

---

(٩٩) اخترنا ذلك المسلك وهو استشارة اهل الخبرة ، لأن الفقهاء اختلفـوا فى ذلك اختلافا كبيرا ، فأبو حنيفة قرر أنه تعرف إحـدى الصـفتين بسبق البول ، فإن سبق بوله من الذكر بوله من الفرج ، فهو ذكر ، وإن كان العكس ، فهو أنثى ، وقال الصاحبان ينظر إلى الأكثر بولا ، وقـد رد قولهما ابو حنيفة قائلا : « هل رايت قاضيا يزن البول بالأواقى » وأن هـذا الخلاف ليس مبنيا على نص صريح إنمـا هو تجربة واختبار ، ولذا وجـد من فقهاء الحنفية من قرر ان العبرة بقوة الأمارة ، ونحن قـد اخترنا هـذا ، لأنه الأسلم والأهـدى سبيلا ، وخصوصا بعـد تقـدم الجراحة ، وليس المقصود إلا الكشف عن اى الأمرين اقوى فى حياته ، ليعلم الوصف الذى خلقه الله عليه ، فالإنسان اما ان يكون ذكرا وإما ان يكون أنثى ، قال تعالى : « يهب لمن يشاء إناثا ، ويهب لمن يشاء الذكور . أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما » ولم يذكر تعالت حكمته انه يجعل من يشاء خنثى .

بيـانا وكشفا ، فالحكم بالإشكال قبله مسارعة إلى الإشكال قبل أوانه ، ولذا إذا لم تتبين حاله قبل البلوغ لا يعطى ميراث الخنثى المشكل ، بل يتوقف حتى يبلغ فيزول الإشكال ، فيأخـذ نصيب ذكر أو نصيب أنثى ، أو يقرر الإشكال فيرث ميراث المشكل .

وإذا مات قبل البلوغ ، فإنه يكون مشكلا ، إذ تقرر الإشكال بالموت .

٢٠٢ ــ وإن ميراث الخنثى هـو عكس ما يحفظ للحمل ، وهـو ما زال مستكنا فى بطن أمه ، فإننا قـد قررنا أن الحمل يفرض ذكرا ويفرض أنثى ، ويحفظ له أحظ النصيبين ، أما الخنثى ، فإنه تحل المسألة فيه على حلين : أحـدهما على فرض الذكورة ، والآخر على فرض الأنوثة ، ويأخـذ أخس النصيبين ، فإن كان الأخس هو فرض الذكورة استحقه ، وإن كان الأخس هـو الآخر استحقه ، وذلك لأن الوصف الذى يستحق بمقتضاه يجب أن يعلم بيقين ، لأن الأخـذ به سيؤثر فى نصيب غيره الثابتة حاله قطعا من غير شك ، ولا ينقص شىء من حق الغير ، إلا بسبب قوى يظهر ظهور السبب الموجب لذلك الحـق ، وإذا لم يظهر ذلك السبب بقى الحق الذى ثبت سببه كاملا من غير معارض ، وبتطبيق هـذه القضية على الخنثى المشكل يكون الواجب إعطاءه أخس النصيبين ولو أعطيناه أحظهما كان انتقاصا من الآخرين بغير سبب يكون فى قوة أسبابهم ، ولنضرب الأمثال الموضحة لطريقة حل المسائل المشتملة على خنثى مشكل .

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأخت شقيقة ، وخنثى مشكل هـو ولد للأب ، فلحلها : نفرض أولا أنه أنثى فيكون للزوجة الربع وللأم السدس ، وللأخوين للأم الثلث وللأخت الشقيقة النصف ، وللخنثى الذى فرض أختا لأب السدس تكملة للثلثين ، ويكون أصـل المسألة ــ ١٢ ــ للزوجة ــ ٣ ــ وللأم ــ ٢ ــ ولولدى الأم ــ ٤ ــ وللأخت الشقيقة ــ ٦ ــ وللأخت لأب « الخنثى » ــ ٢ ــ وعلى فرض الذكورة تكون المسألة كما هى ، ولا يأخـذ الخنثى شيئا ، لأنه سيكون أخا لأب يأخـذ الباقى ، ولا باقى ، إذ أن المسألة قـد عالت إلى ١٥ ، فتعتبر له هـذه الحال .

(ب) وإذا توفيت عن زوج ، وولد خنثى وأب وأم ، فإنه على فرض الذكورة يستحق الزوج الربع ، والأب السدس والباقى للابن (الخنثى) وتكون المسألة من ١٢ ، ويكون للزوج ٣ ، وللأم ٢ ، وللأب ٢ ، والباقى وقـدره ــ ٥ يكون للابن ، وعلى فرض الأنوثة يكون للورثة ما ذكرنا ويكون للبنت (الخنثى)

النصف أى يكون لها ستة أسهم ، وتحول المسألة إلى ١٣ فتستحق $\frac{٦}{١٣}$ وهـذا الرقم أكبر من $\frac{٥}{١٢}$ ، على ما هو معروف فى طرق الموازنة بين الكسور عند الحسابيين ، ويتبين إذا كان ثمـة تركة ، فإنه إن كانت التركة ١٥٦ فـ فإن $\frac{٦}{١٣}$ = ٧٣ فـ و $\frac{٥}{١٢}$ = ٦٥ فـ والأول أكبر ، وعلى ذلك يأخـذ نصيب ذكر ، لأنه أخس النصـيبين .

(جـ) وإذا توفى شخص عن زوجـة وابنين ، وبنت وولد خنثى ، فإنه يكون للزوجـة الثمن ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفى هـذه الحال سيكون بلا شك أخس النصيبين نصيب أنثى فتأخـذه .

٢٠٣ ــ هـذا ما جاء به القانون(١٠٠) فى ميراث الخنثى المشكل ، وهو مذهب الحنفية باتفاق أئمة المذهب ، والشافعى فى قول له ، وهناك مذهبان آخـران همـا :

أولهما ــ أن الخنثى يرث متوسط النصيبين فتحل المسألة حلين ، ويجمع النصيب فى الحلين ويقسم على اثنين ، فيكون نصيب الخنثى ، وكذلك الحكم فى كل من يتغير نصيبه باختلاف الحلين ، أما من لا يتغير نصيبه ، فإنه يستمر على حكم واحـد ، وهـذا رأى مالك وقول لأبى يوسف ، قيل إنه الأخير .

والثانى ــ وهو رأى الإمام أحمد أنه إن كان يرجى كشف حاله بعـد زمن ، فإنه يعطى الورثة الأقل من النصيبين ، كما يعطى الخنثى الأقل ، ويوقف الباقى

---

(١٠٠) ذكر القانون ميراث الخنثى فى المـادة ٤٦ ، وهـذا نصها : « للخنثى المشكل ، وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين ، وما بقى من التركة يعطى لباقى الورثة » .

إلى أن تتكشف حاله ، كما هو المذهب الشافعى ، وإن لم يكن يرجى كشف حاله فإنه يكون التوزيع كالمذهب المالكى .

ونرى أن أعدل الآراء هو رأى الحنفية ، ولكن لا يكون إلا بعد اليأس التام من تعرف حاله . واستقرار الأمر على إشكاله ، والله سبحانه وتعالى العليم بخلقه .

٤ ـ ميراث ولد الزنى وولد اللعان

٢٠٤ ـ هذه حال من الأحوال المترددة ، فإن فيها ولدا ثبتت صلته بأمه وانتفت صلته النسبية بمن كان منه الحمل ظاهرا ، فولد الزنى ثابت النسب من أمه غير ثابت النسب ممن كان السبب فيه ، ولو كان معروفا ، ومقرا بأن الحمل منه ، لأن ثبوت النسب نعمة ، والنعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم .

وولد اللعان قد نفى نسبه من ولد على فراشه ، ووثق النفى بحلفه أربع مرات أنه صادق فيما رمى امرأته به من نفى الولد ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، فكان ذلك النفى الموثق سببا فى الفرقة بين الزوجين ونفى الولد على ما هو مقرر فى أحكام اللعان(١٠١) .

وإذا انتفى النسب فقد زال سبب الميراث ، فلا يرث أباه ، ولا يرثه أبوه ولكن صلته بأمه ثابتة لا مجال للشك فيها ، لذلك يثبت نسبه منها ، ويثبت التوارث بينه وبينها ، باتفاق الفقهاء بالنسبة لولد اللعان ، وعلى قول الجمهور بالنسبة لولد الزنى ، فإن الشيعة الإمامية لا يثبتون له ميراثا ، لا من قبل صاحب الحمل ، ولا من قبل أمه ، لأن الولد ثمرة الزنى ، فهو ثمرة الجريمة

---

(١٠١) المقرر فى الشريعة الإسلامية ان من يرمى محصنة بالزنا يجلد ثمانين جلدة ، إلا إذا رمى زوجته بالزنى أو بنفى نسب الولد ، فإنه لا يجلد إذا لاعن ، بأن يشهد بالله اربع مرات انه صادق فيما رماها به من الزنى ، والخامسة ان عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتشهد هى اربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة ان عليها غضب الله إن كان من الصادقين ، فإن امتنعت عوقبت بعقوبة الزنى فى الشريعة ، وإذا تم اللعان على ذلك الوجه فرق بينهما ، وكانت حراما عليه إلا ان يكذب نفسه ، فيجلد ثمانين جلدة ويثبت النسب ، وفى حال نفى النسب لا توارث بينهما لعدم وجود سبب الميراث .

من جانبها ، كما هــو ثمرة الجريمة من جانبه ، والميراث نعمة ، إذ هــو مال يسوقه الله سبحانه وتعالى للوارث من غير كسب ولا مجهود ، ولا يصح أن تكون الجريمة سببا للنعمة ، فهم لم يفرقوا فى ولد الزنى بين قرابة صاحب الحمل ، وقرابة الأم ، أما بالنسبة لولد اللعان فقــد فرقوا بين صاحب الحمل وقرابته ، والأم وقرابتها ، فورثوا أمه وقرابتها ، ولم يورثوا صاحب الحمل وقرابته ، كجمهور الفقهاء •

أما جمهور الفقهــاء فلم يفرقوا بين ولد اللعــان ؛ وولد الزنى ، من حيث إثبــات التوريث للأم وقرابتها ، ولم يثبتوه لصــاحب الحمل أو الفراش وقرابتـــه •

وعلى ذلك إذا مات صاحب الحمل لا يرثه . ولا يرث أحــدا من عصبته أو ذى القرابة منه ، وإذا مات الولد عن مال لا يرثه صاحب الحمل ، ولا صاحب الفراش لعــدم ثبوت النسب ، على ما هــو مقرر ثابت •

٢٠٥ ــ ويلاحظ أنه يرث كل قرابة الأم ، ســواء كانوا أصحاب فروض أم كانوا ذوى أرحام ، ويرثه ذوو الفروض وذوو الأرحام من قرابة أمه ، كل فى طبقته من التوريث ، فهــو يرث أخاه لأمه ، ويرثه أخــوه لأمه ، وترثه جــدته أم أمه وترثه أمه ، وهــذا كله ميراث بالفرض وقــد يرث أمه بالتعصيب إذا كان ذكرا ، أو كان هناك ذكر وأنثى ، فانه تكون عصبة ، وقــد يرث باعتباره من ذوى الأرحام • إذا لم يكن أحــد من أصحاب الفروض أو العصبة • وقــد يرثه ذوو الأرحام إذا لم يكن لــه أصحاب فروض ، ولا يتصور أن يكون لــه عصبة على مقتضى رأى جمهور الفقهاء •

هــذا وقــد جاء فى قانون الميراث أنه يجب عند توريث ولد الزنى واللعان مراعاة مدة ٣٦٥ يوما المحدودة فى الحمل ومراعاة هذه المدة توجب أمرين :

(أحــدهما) أنها إذا كانت حاملا بالزنى أو نفى نسب حملها بملاعنه ، فإنه لكى يثبت حقه فى ميراث من يموت وهــو حمل أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت موته ، بولادته لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ الفرقة باللعان ، وابتداء الاستبراء من الزنى ، لأنه إن ولد بعــد ذلك لا تكون حاملا به وقت وفاة المتوفى •

(ثانيهما) أنه إذا ولد الحمل لأكثر من المدد السابقة لا يثبت نسبه من المطلق أو المتوفى إذا كان ثمة فراش زوجية ، ولم يثبت زنى ، ولا لعان ، وفى هذه الحال لا يرث ولد المعتدة من صاحب العدة لولادته لأكثر من خمسة وستين يوما وثلاثمائة ، ويكون حكمه كولد الزنى أو اللعان ، فيرث أمه ، وقرابتها ، وترثه هى وقرابتها ، إلا إذا ثبت بإقرار المعتد به شرعا ، فإن المقر يكون أباه ، ويرث منه بهذا النسب .

٢٠٦ ــ هذا ما جاء بالقانون شرحناه ، وهو يتفق مع قول الجمهور ، ويجدر بنا أن نبين أن هناك أقوالا أخرى بالنسبة لولد اللعان ، وولد الزنى .

فبالنسبة لولد اللعان قال بعض الفقهاء أنه لما كان لا يرثه أبوه ولا قرابته ، بل الذى يرثه أمه وقرابتها ؛ فعصبة أمه يكونون عصبة له ، لكى تكون له عاقلة تعقل عنه إذا جنى ، وترثه إذا مات ، وهم عصبته ، وحيث لا عصبة له من قبل أبيه ، فعصبته هم عصبة أمه .

وقال بعضهم إن الأم تكون عصبته ، ثم بعدها يكون عصبتها من الذكور ، وذلك لأن صلته بها لا تكون أقل من صلة العبد بمن يعتقه ، والإعتاق قد جعله الشارع عصبة إن لم يكن عصبه ، والأنثى تكون عصبة أو فى حكم العصبة لمن تعتقه ، فكذلك هنا .

هذا وقد قال بعض الفقهاء إنه إذا ولدت الملاعنة توءمين ، يكونان أخوين شقيقين ، لأن النسب إن كان قد انتفى عن الأب فالنفى مقصور عليه ، فلا يلتحقان به ، ولكن فيما بينهما العلاقة ثابتة ، إذ أن الولادة على الفراش تجعل الولد ينتسب لا محالة إلى صاحب الفراش ، أما إذا نفاه باللعان فلا يلحق به ، ولكن لا ينتفى فى ذاته ، أو على الأقل لا يمتد النفى إلى غيره بخلاف ولد الزنى اذا جاء من بعده توءم له ، فإن الأخوة للأب لا تثبت بينهما ، لأن النسب غير ثابت من أول الأمر ، لعدم وجود سببه ، وهو الفراش من زوجية صحيحة .

والمذهب الحنفى أن التوءمين فى اللعان كالتوءمين فى الزنى لا تنعقد بينهما علاقة من جهة أبيهما ، لأنه حيث نفى نسب الأب فقد صارت العلاقة بينهما من ناحيته غير موجودة ، فلا تثبت علاقة بينهما بسببه ، بل تستمر العلاقة هى علاقة الأم ، فيكونان أخوين لأم .

هـذا بالنسبة لولد اللعان والأقوال المختلفة فيه .

أما ولد الزنى : فالمقرر أنه لا يثبت نسبه ولو أقر بأنه ابنه ما دام يصرح بأنه من الزنى ، فنسبه لا يثبت من تلقاء نفسه ، ولا يثبت بالإلحاق . هـذا نظر جمهور الفقهاء ، ولكن اختار ابن تيمية ، قول إسحق بن راهويه أن التوريث لولد الزنى بين الزانى وبينه إذا ألحقه به ، ولو صرح عند الإلحاق بأنه كان من الزنى ، ولكن يشترط لصحة ذلك الإلحاق أن تكون أمه عند الحمل ليست معتدة ولا زوجة ، لأن النسب بحكم الشرع يكون لصاحب الفراش ، فلا يكون مجهول النسب ، وشرط الإلحاق أن يكون الملحق مجهول النسب .

وأساس هـذا الرأى هـو منع ضياع الولد . واتباع الحقيقة فى ذاتها ، وقصر حـديث « الولـد للفراش وللعاهر الحجر » من حيث دلالتـه على منع ثبوت النسب بالزنى ، على حال التعارض بين الفراش والزنى ، ولا شـك أن الأول أقوى سندا ودليلا ، فلا يلتفت إلى الثانى بجواره(١٠٢) .

التخــارج

٢٠٧ ــ قلنا عند بيـان طريقة استخراج سهام كل تركة وتقسيمها ، أن التركة تقسم على أصل المسألة أو تصحيحه ، إن كانت المسألة عائلة ، أو فيهـا رد على بعض أصحاب الفروض ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه من التركة ، وإن كانت المسألة فيها عول . أو فيها رد على كل أصحاب الفروض فيها : فإنها تقسم على عـدد السهام ، لا على أصل المسألة ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه ، وهـذا يسير فى كل المسائل إلا إذا تخارج أحـد الورثة على شىء معين من التركة ، أو مقـدار من نقـدها ، أو مقـدار من المـال يعطيـه الورثة مجتمعين ، أو يعطيه بعضهم ، فإن التركة يكون لهـا نظام آخر غير النظام الذى بيناه سابقا ، وقبل بيانه نعرف معنى التخارج .

التخارج ــ هـو أن يتصالح بعض الورثة على قـدر معلوم فى نظير أن يترك حصته فيها ، سواء أكان التصالح مع الورثة مجتمعين أم مع بعضهم ، على أن يحل البعض الذى أعطاه قـدرا معينا من المـال محـلـه فى حصته ،

---

(١٠٢) بينت ميراث ولد الزنى واللعان المـادة ٤٧ وهـذا نصها :
« مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المـادة ٤٣ يرث ولد الزنى وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها » .

وسواء أكان الورثة قد صالحوه على جزء معين من التركة نفسها ، أم صالحوه على مال قدموه له خارج التركة .

وعلى هذا نقول أن التخارج قسمان :

(أحدهما) أن يتخارج الوارث مع كل الورثة .

(وثانيهما) أن يتخارج مع وارث أو أكثر من الورثة ، ونتكلم على كل قسم مع بيان طريقة الحل فى كل صوره وأحواله .

٢٠٨ — التخارج مع كل الورثة : إذا تصالح وارث مع الورثة أجمعين على مقدار يأخذه ، فلذلك صورتان :

(إحداهما) أن يكون المقدار المأخوذ شيئا معينا من التركة ، أو مقدارا من النقود فيها ، وفى هذه الحال تحل المسألة بإعطاء كل ذى فرض فرضه ، ثم تبين سهام كل وارث ، بما فيهم الوارث المتخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ، والباقى من التركة يقسم على السهام الباقية ، بعد إسقاط سهام المتخارج ، ولنضرب على ذلك الأمثال :

(أ) إذا توفيت امرأة عن زوجها ، وأمها وعمها شقيق أبيها ، وتركت ألف جنيه ، ومؤخر صداقها ، وخمسة عشر فدانا وتخارج الزوج على مؤخر الصداق والنقود ، فإننا نحل المسألة كأنه لا تخارج فيكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللعم الباقى ، ويكون أصل المسألة — ٦ — سهام للزوج منها — ٣ — والأم — ٢ — والباقى — ١ — يكون للعم ، ولما كان الزوج قد تخارج على النقود ومؤخر الصداق فتسقط سهامه فى نظيرها والباقى من التركة وهو ١٥ ف يقسم على بقية السهام وهى ثلاثة ، ويستحق كل واحد من التركة ما يقابل حصته من السهام ، فتأخذ الأم عشرة ، والعم خمسة .

ولا يصح أن يقال أن الزوج يخرج بما تخارج عليه ، لأن ذلك يؤدى إلى أن تأخذ الأم ثلث الباقى والعم يأخذ الباقى بعدها ، وذلك مناقضة للأنصبة الشرعية لكل منهما .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة وأم وأخوين لأم شقيقة ، وأخت لأب ، وترك تركة قدرها ١٤٠ ف وخمسون سهما فى إحدى الشركات ونقودا

وتصالحت الزوجة على النقود والأسهم ، ففى هـذه المسألة تستخرج الحصص بالسهام فى التركة — أولا — فتأخـذ الزوجة الربع ، والأم السدس ، والأخوان الثلث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ؛ والمسألة أصلها — ١٢ — للزوجة — ٣ — والأم — ٢ — وللأخوين لأم — ٤ — والأخت الشقيقة — ٨ — والأخت لأب — ٢ — فتعول المسألة إلى — ١٧ — تسقط حصة الزوجة بالسهام فى نظير ما تخارجت عليه ، والباقى من التركة يقسم على الباقى من السهم ، وقـدره — ١٤ — وكل يأخـذ ما يقابل حصته من هـذه السهام .

(جـ) وإذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن . وأم ؛ وترك تركة قـدرها اربعون فـدانا ، وألفا جنيه ، وقـد تخارجت الأم على النقود .

فتحل المسألة بالسهام أولا ، فتستحق البنت النصف . وبنت الابن السدس ، والأم السدس ، ويكون أصل المسألة — ٦ — تأخـذ البنت — ٣ — وبنت الابن — ١ — والأم — ٥ — وعلى ذلك ترد المسألة إلى — ٥ — وتسقط سهام الأم فى نظير ما تخارجت عليه ، ويقسم الباقى من التركة على الباقى من السهام ، فيقسم ٤٠ ف على — ٤ — تستحق البنت منها ٣٠ ف . وبنت الابن ١٠ ف .

(د) وإذا مات شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن . وأم ؛ وترك تركة قـدرها ١٣٢ ف ومائة سهم فى إحـدى الشركات ، وتخارجت الأم على أسهم الشركة .

فإن المسألة تحل أولا باستخراج حصة كل وارث بالسهام ، فالزوجه يكون لهـا الثمن ، والبنت لهـا النصف ، وبنت الابن لهـا السدس ؛ والأم لهـا السدس ، ويكون المسألة فيها رد ، فيجعل أصـل المسألة مخرج نصيب الزوجة ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب الزوجة فيكون أصل المسأله — ٨ — ويكون للزوجـة — ١ — والباقى وهـو — ٧ — يقسم بنسبة ١/٢ ، ١/٦ ، ١/٦ — أى يقسم على ٥ ، و ٧ لا تقبل القسمة على — ٥ — فيصبح أصل المسألة بضربه فى — ٥ — فيكون الأصـل المصحح — ٤٠ — للزوجة فيه — ٥ — وللبنت — ٢١ — ولبنت الابن — ٧ — وللأم — ٧ — .

وتسقط سهام الأم نظير ما تخارجت عليه ، وهو أسهم الشركة ، ويقسم الباقى من الشركة على الباقى من السهام ، فيخص كل سهم — ٤ — ويكون للزوجة ٢٠ ف وللبنت ٨٤ ف ، ولبنت الابن ٢٨ ف •

٢٠٩ — هـــذه هى الحال الأولى من أحوال تخارج الوارث من بقيـــة الورثة مجتمعين وهى تكون إذا كان المتخارج عليه شيئا معينا من التركة ، وقـــد ضربنا الأمثال الموضحة ، وهـــذه الصورة اكثر الصور ذيوعا على أقوال الفقهاء والمفتين • ويلاحظ أن التخارج فى هـــذه الحال هو قسمة غير كاملة •

والحال الثانية أن يتخارج الورثة مع الوارث بمال خارج عن التركه ، وفى هـــذه الحال ، إما أن ينصوا على أن كلا قـــد دفع ما يقابل حصته ، وإما أن ينصوا على تقـــدير آخر غير ذلك ، وإما ألا ينصوا على شىء •

(أ) فإن نصوا على أن كلا قـــد دفع ما يقابل حصته ، تحـــل المسألة كالصورة السابقة تماما ، بأن تستخرج السهام التى تكشف عن حصة كل وارث وتسقط حصة الوارث المتخارج فى نظير ما تخارج عليه ، وتقسم التركة على الباقى من السهام ، ويأخـــذ كل وارث ما يقابل حصته ، لأن كل وارث تحمل من الغرم بمقـــدار حصته، لتسلم له حصته بعـــد ذلك من التركة خالصه من حق هـــذا المتخارج فيها ، ولا طريق لتحقق ذلك ، إلا بأن تقسم التركة على بقيـــة الســـهام •

(ب) وإن اتفقوا على طريق آخر فى الدفع بأن دفع كل وارث مقـــدارا أكثر أو أقـــل مما يقابل حصته ، فإنه فى هـــذه الحال ، تحل المسألة ، وتستخرج السهام ويبين ملخص سهام الوارث المتخارج من التركة ، ثم تقسم تلك الحصة على الورثة بما اتفقوا عليه ، فيأخـــذ كل واحـــد من حصة المتخارج بمقـــدار ما دفـــع ، لا بمقـــدار ما يعـــادل حصته فى التركة ، لأن الدفـــع للمتخارج لم يكن على أساس ما خص كل حصة ، بل كان على مقـــدار القـــدرة المـــالية لكل وارث فى الدفع ، والغرم بالغنم •

(جـ) وإذا دفعوا له مجتمعين ، ولم ينص على أن الدفـــع كان بمقـــدار حصة كل من التركة أو بمقـــدار آخر ، فإنهم جميعا يكونون شركاء فى الدفـــع فى مقابل أن يسلم لهم نصيبه ، فقـــد اشتروا نصيبه بمالهم المجتمع ، ولم ينصوا

على تفاوت فى الحصص ، فيكونون جميعاً شركاء بالتساوى فى الحصة المبيعة من التركة ، وهى ما يستحق فيها .

والحل فى هذه الحال أن تستخرج السهام ، وتقسم التركة على كل السهام لا على بعضها ، وما قابل سهام الوارث المتخارج يقسم بينهم بالتساوى . لأنهم شركاء فيه إذ اشتروه ، وما داموا لم يبينوا حصة كل واحد فى الشركة ، فيكون الأصل هو التساوى ، إذ كل شركة الأصل فيها هو التساوى .

وهذا الحكم هو المقرر فى المذهب الحنفى ، وهو الذى جاء به قانون الميراث .

٢١٠ — التخارج مع بعض الورثه : ما تقدم كله كان التخارج فيه مع الورثة مجتمعين ، وهو فى بعض صوره قسمة للتركة غير كاملة ، إذا كان المتخارج عليه منها ، وفى الصورة الأخرى بيع من المتخارج لحصته للورثه .

أما التخارج فى هذا القسم ، وهو التخارج مع بعض الورثة ، فإنه فى حكم بيع الوارث حصته من التركة لبعض الورثة دائماً ، وفى هذه الحال يحل المشترى لهذا النصيب محل الوارث فى نصيبه ؛ فيأخذ المشترى حصته بصفته وارثا ، ثم يأخذ حصة المتخارج(١٠٣) باعتباره قد اشترى هذه الحصة .

وحل المسألة فى هذه الحال أن يعطى كل صاحب فرض وعاصب أو غيره حصته بما فيهم الوارث المتخارج ، وتبين سهام كل وارث من غير استثناء أحد قط ، وتقسم التركة على كل السهام بما فيها سهام الوارث المتخارج ، ولكن ما خص سهامه لا يئول إليه ، بل يأخذه الوارث الذى دفع من ماله بدل التخارج ، لأنه اشترى تلك الحصة من التركه بما دفعه من بدل لها .

٢١١ — هذا شرح ما جاء فى قانون الميراث خاصا بالتخارج فى التركات

---

(١٠٣) بينت التخارج وأقسامه المادة ٤٨ وهذا نصها :

« التخارج هو ان يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم ، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة انصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم » .

والحكم فيه عام فى ظاهر لفظه ، فليس خاصا بتركة خاصة ، ولا بنوع من المال دون نوع ، فيشمل التركات المعلومة على وجه اليقين ، والتركة التى لم تصف ، ولم يعلم مقدارها على التعيين ، ويشمل التركات المدينة والتركات غير المدينة كما يشمل التركات التى يكون بعضها ديونا لدى الغير ، والتركات التى ليس فيها ديون قبل أحد .

والتعميم بهذا الوضع يتفق مع الأحكام التى اشتمل عليها القانون المدنى فقد سوغ بيع وارث لاستحقاقه فى التركة من غير معرفة مقدار التركة ، ولا نوعها ، ولو كان بعضها ديونا قبل بعض الناس ، وليس الوارث الذى باع حقه ضامنا إلا لكونه وارثا ، فعليه فقط إثبات هذه الصفة ، إذا كانت التركه فيها ديون حل المشترى محله فيها ، وأصبح له حق المطالبة بمقدار نصيب ذلك الوارث الذى اشترى حصته ، وقد نصت على ذلك الحكم المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، وهذا نص هذه المواد :

مادة ٤٧٣ — من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا إثبات وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك .

مادة ٤٧٤ — إذا بيعت تركة لا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على أجراءات لنقل حق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات .

مادة ٤٧٥ — إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

مادة ٤٧٦ — يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك .

٢١٢ — هذه هى مواد القانون المدنى المشتملة على بيان بيع حق الإرث ويدخل فى عمومه التخارج بكل صوره ، إذا كان بدل التخارج ليس جزءا معينا من التركة ، لأن هذه المواد تبين أحكام بيع حق الإرث من غير نظر إلى أن يكون المشترى أجنبيا ، أو يكون المشترى وارثا .

وواضح من هـذا أن التخارج الذى يأخـذ حكم البيع على هـذا النحو إذا كان فى التركة عقار لا تنتقل الملكية فيه إلابعـد شهر العقد بالتسجيل •

أما إذا كان التخارج على جزء معين من التركة يختص به المتخارج فى نظير سهامه ، وهى التى ضربنا عليها الأمثال فى صـدر كلامنا فى التخارج فإن ذلك النوع من التخارج لا يعـد بيعا لحق الإرث خالصا ، بل هـو قسمه ، وفرز لنصيب الوارث المتخارج قـد ارتضاه حصة له ، وإن كان لا يخلو من معنى المبادلة كـكل قسمة للقيميات ، وعلى ذلك تجرى على هـذا النوع من التخارج أحكام القسمة لا أحكام البيع ، كما هـو الظاهر الذى يتفق مـع منطق الفقه والقـانون •

وقبل أن نترك حكم القانون نقول أن إطلاق الجواز لبيع التركات والتخارج منها ، ولو كان بعضها ديونا قبل الغير هـو الذى يتفق مع الأحكام القانونية الثابتة ولو كان فيها تمليك الدين لغير من عليـه الدين ، فهـو سير مقتضى منطق القانون المدنى الذى يسوغ ذلك التمليك ، إذ أنه يسوغ حوالة الحـق ، كما يسوغ حوالة الدين ، وقـد نوهنا إلى ذلك فى الأحكام العامة للتركات ، وقلنا أن المذهب الحنفى ، وإن كان يضيق عن حوالة الحق ، قـد تحايل فقهاؤه لتسويغها ، ونقلنا بعض النصوص فى ذلك ، وأرجأنا تمـام البيان إلى الكلام فى التخارج ، والآن نبين ببعض البيان ما أجملنا •

٢١٣ ــ إن التركة إن كان التخارج قـد أخـذ فيها صورة القسمة فهو قسمة يسرى عليها ما يسرى على كل الأشياء المشتركة عند اقتسامها ، ويكون التخارج فى حكم القسمة ، إذا كان المتخارج عليه بعضا معينا ، كما نوهنا إلى ذلك فى موضعه ، وإن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضا •

وعلى ذلك يكون قابلا للنقض إذا حـدث ما يسوغ نقض القسمة فى التركات ، وقـد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحـوال تنقض فيها قسمة التركة ، وبالتالى ينقض كل تخارج يأخـذ وصف القسمة ، وهـذه الثلاثة هى :

١ ــ ظهور دين على الميت ، وتنقض القسمة فى هـذه الحال إذا طلب الغرماء النقض ويجاب طلبهم إذا لم يكن فى التركة الباقية نقـود تكفى لسداد الدين ، ولم يستعد الورثة لقضاء الدين من مال أنفسهم حماية للقسمة من أن تنقض ، فإن لم يكن واحـد من هـذين الأمرين نقض القاضى القسمة بطلب الغرماء إن تعين الطلب سبيلا لاستيفاء ديونهم •

٢ — وظهور وصية لم تكن معلومة وقت القسمة أو وقت التخارج الذى أخـذ حكمها ، لأن مقادير السهام من التركة تتغير بظهور ذلك الشريك الذى لم يحتسب عند الاقتسام ، أو عند التخارج •

٣ — ظهور وارث لم يكن معلوما وقت القسمة ، فإن ظهوره يغير السهام نفسها ، لا مقاديرها من التركة فقط ، فهو شريك أيضا لم يحتسب حسابه ، فتنقض القسمة التى بنيت على أنه غير موجود ، ويعـدل التقسيم حتى تتميز حصته ، وتكون القسمة أو التخارج على أساس صحيح •

٢١٤ — هـذه بعض أحكام التخارج الذى يكون على شىء معين من التركة ، أما التخارج الذى لا يكون فيه بدل التخارج شىء معين من التركة فإنه يكون بيعا ، وتسرى فيه الأحكام السابقة ، لأن الأساس الذى بنى عليه قـد تغير بظهور من ظهروا •

والكلام فى أحكام ذلك النوع من البيع من الناحية الشرعية يشتمل على ثلاثة عناصر : هى معلومية التركة ، وحكم التخارج إذا كان بعض التركة نقودا ، وكذلك حكمه إذا كان بعضها ديونا قبل الغير •

أما الأول : وهـو معلومية التركة فالمتفق عليه بين فقهاء المذهب أنها ليست بشرط ، لأن المعلومية فى المبيعات بشكل عام شرط لإمكان التسليم ، ولـما كان الورثة الذين يخرجون بعضهم لتخلص التركة لهم ، هم المستولين عليها فعلا ، لم يكن ثمة حاجة إلى معرفتها على وجه التعيين ، وبذلك يتلاقى القانون المدنى فى هـذا الجزء مع الفقه الحنفى بالنسبة لبيع الحق فى التركة لأحـد الورثة أو لهم مجتمعين •

وأما الثانى : وهـو الحكم إذا كان فى التركة نقود وكان تخارج ، فإن كان التخارج بغير جنسها ، فهو صحيح قل أو كثر ، لأنه لا يشترط أن يكون التخارج بمقـدار الحصة تماما ، إذ هـو بيع تجرى عليه أحكام البيوع ، وليس بلازم أن يكون الثمن مساويا لقيمة المبيع •

وأما إذا كان بدل التخارج نقودا ، وفى التركة نقود وغير نقود واتحـد الجنس فإنه فى هـذه الحال يجب أن تكون النقود تزيد عن حصـة المتخارج فى النقود لكى يكون قـد وصل إليه حقه من النقـد ، والزائد يكون ثمنا لـما

عـدا النقود من التركة ، ولو كان قليلا بالنسبة لنصيبه فيها ، فإنه يروى أن ورثة عبد الرحمن بن عـوف ، قـد تخارجوا مـع إحـدى أزواجه على مقدار من النقـد ، وعرف بأنه كان يساوى نصف حصتها من قيمة التركة فى مجموعها .

وأما الأمر الثالث ، وهـو الحكم إذا كان بعض التركة دينا قبل الغير فإن المتخارج لا يجوز على مقتضى القياس ولو كان ببعض التركة ، وذلك لأنه تمليك لغير من عليه الدين ، إذ أن مقتضاه أن الجزء الذى كان يخص الوارث المتخارج من الدين قد ملكه لغيره والديون لا تقبل التمليك لغير من هى عليه ، ولأن حوالة الحق لا تجوز فى المذهب الحنفى .

٣١٥ — هـذه هى القاعـدة ، ولكن فقهاء المذهب وجـدوا فى تلك القاعـدة تضييقا على الناس ، ولم تكن إلا اتبـاعا لقياس فقهى ظاهر ، ولذلك تحايلوا للتوسعة على الناس ، وبين يدى مخرجان لفقيهين من أئمـة التخريج فى المذهب الحنفى وهما الكاسانى والزيلعى ، فالكاسانى يسوغ تمليك الدين لغير من عليه الدين ما دام لم يصرح بالدين الذى هـو موضع التمليك ، ويعتبر ذلك توكيلا بالقبض ، ويقول فى ذلك :

وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بهـا من غير من هى عليه فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى هـو فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هـذا الشىء بالدين الذى هـو فى ذمة فلان ، فذلك لا يجوز ، وإن لم يضـف العقـد إلى الدين الذى عليه جاز ، ولو اشترى شيئا بثمن هـو دين ، ولم يضف العقـد إلى الدين جاز ، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى هـو عليه جازت الحوالة ، لأن هـذا توكيل بقبض الدين فإن المحال عليه يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال له والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان .

هـذا تخريج الكاسانى ، وهـو فى هـذا يتجه إلى أن تمليك الدين يجىء عن طريق التوكيل بقبضه . ولو طبقناه على التخارج فى التركات لكان معنـاه أن المتخارج قـد وكل سائر الورثة فى قبض الدين ، وإذا تسلموها كان فى نظير ما أخـذ من مال ، وأما تخريج الزيلعى فقـد ذكره فى باب التخارج بين الورثة ، ولذلك كان نصا فى موضوعنا ، وهـو يجعل المقـدار الذى يعـد بدلا للتخارج قسمين أحـدهما يساوى مقـدار نصيب المتخارج فى ديون التركة ويأخـذه على أنه دين عليه ، والباقى يكون فى نظير ما عـدا الديون التى للتركة ، فأما الجزء

الذى يكون مساويا للدين الذى له قبل الغرماء ، فإن الغرماء يتعهدون للورثة بسداده ، ويحيل المتخارج الورثة عليهم عن طريق حوالة الدين ، وبذلك يتم التخارج فى العين والدين معا ، وبهـذين المخرجين يتلاقى الفقه والقانون فى هـذا المقام ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الوصـية مـع المـيراث

٣١٦ ــ هـذا باب نختم به بحـوثنا فى هـذا الكتاب ، وهو يبين :

(أ) طرق حل المسائل التى تشتمل على وصايا ومواريث .

(ب) ويبين ثانيا طريق استخراج الوصية الواجبة التى صارت تشبه الميراث فى لزومها للمورث ولورثته .

٣١٧ ــ أما القسم الأول ، وهـو طريق حل مسائل الوصايا الاختيارية مع الميراث ، فإنه ينظر إن كانت الوصية نافـذة من غير حاجـة إلى إجازة أحـد ، أو تحتاج فى نفاذها كلها إلى إجازة الورثة .

فإن كانت لا تحتاج فى نفاذها إلى إجازة أحـد ، وكانت بمقـدار معين من التركة أو بمقـدار شائع فيها غير مقـدر بنصيب أحـد الورثة ، فإن الوصية تنفـذ أولا وتخرج ، ثم تقسم بقية التركة على الورثة .

فإذا كان المتوفى قـد أوصى بثلث ماله لأخته الشقيقة ، وكان ورثته ابنه وبنته وزوجته وأمه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ ف ، فإن التركة يؤخذ منهـا أولا ثلثها ، ويعطى الأخت الشقيقة ، والباقى وقـدره ١٢٠ ف يقسم على ورثته المذكورين وتحل المسألة كما لـو كانت لا وصية فيها ، وإذا أوصى شخص لجهة بر بشىء معين من ماله يخرج من ثلث التركة ، وترك مع هـذا المعين ٢٤٠ ف وكان ورثته زوجة وأما وأبا ، وبنتا ، فإن الموصى به المعين يكون لجهة البر وصية ، وتقسم الأطيان على الورثة ، كل على حسب سهامه .

٣١٨ ــ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازة فإن مقـدارها لا يعرف إلا بعـد معرفة سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، ولذلك تقسم التركة بالسهام أولا ، فإذا عرف مقـدار سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، أضيف إلى مجموع السهام مقـدار سـهام ذلك

الوارث ، ليكون ذلك مقــدار ما يقابل نصيب الموصى به ، ثم تقسم التركة بعــد ذلك على مجموع سهام الورثة مضافاإليها سهام الموصى له . وما يقابل سهامه يكون هــو المقــدار الموصى به ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة ;

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأختين شقيقتين ، وأخ لأب أوصى له بمثل نصيب الأخ لأم ، وترك ٣٨٠ ف ، فإن التركة تقسم هــكذا :

تعطى الزوجة الربع ، والأخوان لأم الثلث ، والأم السدس ، والأختــان الشقيقتان الثلثين ، ويكون أصل المسألة ـــ ١٢ ـــ وتكون سهام الزوجة ـــ ٣ ـــ والأم ـــ ٢ ـــ والأخوين لأم ـــ ٤ ـــ لكل واحــد ـــ ٢ ـــ والأختين ـــ ٨ ـــ ويكون مجموع السهام ـــ ١٧ ـــ فهى عائلة ، ويضاف إلى هــذا المجموع مقــدار ما خص كل أخ لأم من سهام ، وهــو ـــ ٢ ـــ مقــدار الموصى به ، فيضاف إلى مجموع السهام فيصير المجموع ـــ ١٩ ـــ وتقسم التركة على ١٩ • فيكون ما يخص السهم ٢٠ ف فيعطى كل ذى فرض ما يقابل سهامه ، ويعطى الموصى لــه ما يقــابل ســهامه •

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، أوصى لها بمثل نصيب الأخت الشقيقة ، وتركت تركة قدرها ٣٦٠ ف ففى هــذه الحال يعطى الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والأخت الشقيقة الباقى ، لأنها عصبة مع الغير ، ويكون أصل المسألة ـــ ١٢ ـــ يكون للزوج ـــ ٣ ـــ وللبنت ـــ ٦ ـــ ولبنت الابن ـــ ٢ ـــ وللأخت الشقيقة الباقى ، وهو ـــ ١ ـــ ويكون لأخت الأب الموصى لها ـــ ١ ـــ بمقــدار الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع سهام الورثة والموصى لهـــ ١٣ ـــ تقسم عليها التركة فيخص كل سهم ٢٠ ف ، يعطى كل وارث منها ما يقابل نصيبه •

(جـ) وإذا توفى شخص عن زوجين : إحــداهما مسيحية أوصى لها بمثل نصيب المسلمة ، وعن بنتين ، وأب وأم ،وترك تركة قــدرها ٦٠ ف • فيكون للزوجة المسلمة الثمن وللبنتين الثلثين ، وللأم السدس ، وللأب السدس مــع الباقى إن كان باق ، ويكون أصــل المسألة ـــ ٢٤ ـــ للزوجة المسلمة ـــ ٣ ـــ وللبنتين ـــ ١٦ ـــ وللأم ـــ ٤ ـــ فيكون مجموع السهام ـــ ٢٧ ـــ وتكون عائلة ، ويضاف إلى هــذا المجموعـــ ٣ ـــ للزوجة المسيحية الموصى لها ، فيكون المجموع

— ٣٠ — تقسم عليها التركة ، فيخص كل سهم — ٢ — ويخص الموصى لهـا ٦ ف ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه •

هـذه أمثلة موضحة للوصية إن كانت بمثل نصيب أحـد الورثة ، ولم تخرج عن الثلث •

٢١٩ — وهذه هى الوصايا النافـذة ، وطريق المسائل المشتملة عليهـا ، واستخراجها ، ولننتقل إلى الوصـايا غير النافـذة كلها إلا بإجازة الورثة ، وهى الوصايا التى تكون بأكثر من الثلث ، فإن الجزء الزائد على الثلث لا ينفـذ إلا بإجازة الورثة ، والثلث ينفـذ من غير حاجة إلى إجازتهم •

ولهـذا النوع من الوصايا حالان : (إحـداهما) أن تكون الوصايا بمثل نصيب أحـد الورثة ، ويكون أكثر من الثلث ، كأن يكون الورثة بنته وابنه ، ويوصى لشخص بمثل نصيب ابنه ، وفى هـذه الحال تحل المسألة كالطريقـة التى ذكرناها آنفـا باستخراج سهام كل وارث ، وإضافة سهام إلى المجموع تساوى سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم إن أجاز الورثة الوصية نفذت كلها ، وإذا لم يجيزوا نفـذت فى الثلث فقط ، وقسم الثلثان بين الورثة بمقدار سهامهم بأن يخرج الثلث أولا ، والثلثان يقسمان تقسيما مبتدأ ، ولا نعتبر الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة •

٢٢٠ — الحال الثانية ألا تكون الوصية بمثل نصيب أحـد الورثة ، وهى أكثر من الثلث ، وهـذه الوصايا يفرض لهـا ثلاثة فروض ، ولكل فرض حكم ، وحل خاص بالمسائل المشتملة عليه •

الفرض الأول — أن يجيز الورثة جميعا هـذه الوصية ، وفى هـذه الحال يخرج مقـدارها من أصـل التركة ، والباقى يكون للورثة يقسم بينهم على حسب فرائضهم وما يستحقون •

الفرض الثانى — ألا يجيز الورثة جميعا ، وفى هـذه الحال تنفـذ الوصية فى الثلث ويخرج من أصل التركة ، والباقى يقسم بينهم تقسيم الميراث •

والفرض الثالث — أن يجيز بعض الورثة ، ولا يجيز بعضهم ، وفى هـذه الحال تقسم التركة تقسيمين : تقسيم على فرض الإجازة ، وتقسيم على فرض

عـدم الإجازة ، فمن أجاز أخـذ نصيبه على تقسيم الإجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عـدم الإجازة ، والباقى بعـد أن يأخـذ كل ذى حق حقه يكون للموصى له ، ولنبين ذلك ببعض الأمثلة نسوقها .

(أ) إذا توفى شخص عن زوجة وأخت شقيقة ، وأخت لأب وأم وأوصى لجهة بر بنصف ما يملكه ، وترك ٣٩٠ ف . وأجازت الأم والزوجة ، ولم تجز الأختان ، فتقسم التركة تقسيمين ، بعـد التقسيم بالسهام ، وعلى ذلك تكون الزوجة تستحق الربع ، والشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ، والأم السدس وأصل المسألة ـــ ١٢ ـــ وعالت إلى ـــ ١٣ ـــ لأن سهام الزوجة ـــ ٣ ـــ والأم ـــ ٢ ـــ والشقيقة ـــ ٦ ـــ والأخت لأب ـــ ٢ ـــ .

ويقسم ـــ أولا ـــ على فرض الإجازة فيكون للوصية ـــ ١٩٥ ـــ وهى النصف ويقسم ١٩٥ على ١٣ فيخص السهم ١٥ ، ويكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، وللشقيقة ٩٠ ف ، وللأخرى ٣٠ ف .

ويقسم ـــ ثانيا ـــ على فرض عـدم الإجازة ، فيكون للوصية ١٣٠ ف هى الثلث ويقسم ٢٦٠ ف على ١٣ فيخص السهم ٢٠ ف ، ويكون للزوجة ٦٠ ف ، وللأم ٤٠ ف ، وللشقيقة ١٢٠ ف ، وللأخرى ٤٠ .

ولمـا كانت الزوجة والأم قـد أجازتا الوصية ، فهما تأخـذان نصيبهما على تقسيم الإجازة ، فيكون للزوجـة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، والأختان لمـا لم تجيزا أخـذتا نصيبهما ، على تقسيم عـدم الإجازة فتأخـذ الشقيقة ١٢٠ ف ، والأخرى ٤٠ ف ، والباقى وقـدره ١٥٥ ف هو قـدر الوصية النهائى .

(ب) إذا توفيت امرأة عن زوج ،وأخوين لأم ، وأم وأوصت لمستشفى بمائة وعشرين فـدانا ، وتركتها كلها ١٨٠ ف ، وقـد أجازت الأم الوصية ، ففى هـذه المسألة تبين الأنصبة بالسهام ، فيستحق الزوج النصف ، والأم السدس، والأخوان لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ـــ ٦ ـــ للزوج منها ـــ ٣ ـــ وللأم ـــ ١ ـــ وللأخوين ـــ ٢ ـــ ثم تقسم التركة ـــ أولا ـــ على فرض الإجازة فيقسم بين الورثة ـــ ٦٠ ـــ ف فيستحق الزوج ٣٠ ف ، والأخوان لأم ٢٠ ف ، والأم ١٠ ف .

وتقسم — ثانيا — على فرض عـدم الإجازة فيخرج الثلث ، وتكون التركة التى تقسم بين الورثة ١٢٠ ف ويستحق الزوج ٦٠ ف ، والأم ٢٠ ف ، والإخوان لأم ٤٠ ف .

ولما كانت الأم قـد أجازت : فإنها تستحق ١٠ ف على تقسيم الإجازة ، والباقون يستحقون أنصبتهم على تقسيم عـدم الإجازة إذا لم يجيزوا ، فيأخذ الزوج ٦٠ ف ، والأخوان ٤٠ ف ، ويكون مقـدار الوصية النهائى ٧٠ ف .

الوصيـة الواجبـة

٢٢١ — الأصل فى الوصايا أنها اختيارية ، وليس منها واجبـة بحكم القضاء ، والوصايا بأداء الكفارات والزكوات التى تكون قـد فاتته فى حيـاته واجبـة وجـوبا دينيا ، وليس الوجـوب وجـوبا قضائيا ، ولذلك لو تركها لا تنفـذ من ماله فى المذهب الحنفى ، وعلى النحو الذى بيناه فى مقـدمة هـذا الكتاب التى بينا فيها الأصول العامة لأحكام التركات .

ولكن قانون الوصية أتى بحكم لم يسبق بمثله فى المذاهب الإسـلامية المشهورة ، وهـو أن الوصية تكون واجبة بحكم القـانون ، وتنفـذ بحكم القانون ، سواء أراد المورث أو لم يرد ، تلك الوصية تكون لفرع من يمـوت فى حياة أحـد أبويه حقيقة ، أو حكما ، وهـو المفقود ، أو يموتان معا ، كالحرقى والهـدمى والغرقى .

والباعث على ذلك أنه فى أحوال غير قليلة يموت الشخص فى حيـاة أمه أو أبيه ، ويحرم هـو وذريته من ميراثه الذى كان يستحقه لـو عاش إلى وفاة والديه ، وبذلك يصير أولاده فى فقر مدقـع ، مـع أن أعمامهم يكونون فى سعة ورغـد من العيش ، يجتمع لأولئك اليتامى مع اليتم وفقـد العائل الحرمان ، ويضطرب ميزان التوزيع فى الأسرة ، ويصير بعضهم فى متربة بسبب موت أبيهم المبكر ، وكثيرا ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى فى حياتهما .

فجاء قانون الوصية ، وقرر ذلك المبدأ ، واعتبره وصية واجبـة ، وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم ، وآراء بعض فقهاء التابعين ، ورأى لابن حزم الأندلسى ، ونص على ذلك فى المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، من ذلك القانون .

٢٢٢ — وخلاصة ما اشتملت عليه تلك المواد أنه يجب على الشخص أن يوصى لفرع ولده المتوفى فى حياته بنصيبه ، إذا لم يستحق ذلك الفرع من التركة شيئا ، مهما تنزل درجة الفرع ، إذا كان المتوفى فى حياة أحد والديه ذكرا بشرط ألا تتوسط أنثى ، فإن توسطت أنثى لا تستحق الطبقات التى تليها ، وإذا كان المتوفى فى حياة أحد أبويه أنثى لا يستحق من فرعها إلا الطبقة التى تليها فقط ، أى أن أولاد الظهور يستحقون مهما تكن طبقتهم ، أما أولاد البطون فلا يستحق إلا الطبقة الأولى من أولاد البنات •

وكل طبقة لا تستحق إذا كان من يصلها إلى المتوفى موجودا ، فالطبقة العالية تحجب من دونها ممن يدلى بها ، أى يتصل بوساطتها ، فكل فرع موجود يحجب من يتصل بالمتوفى عن طريقه ، ولا يحجب من لا يتصل عن طريقه ولو كان فى طبقة أسفل منه •

٢٢٣ — والوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حدود الثلث فإن كان نصيبه يزيد على الثلث لا تحجب الوصية إلا بمقدار الثلث ، وإذا لم يوص المورث بهذا المقدار المحدود نفذت الوصية فى ماله بحكم القانون ، وإن أوصى بأقل من نصيب ولده المتوفى كمل ، حتى يصل إلى مقداره بشرط ألا يزيد على الثلث ، وإن أوصى بأكثر من نصيب ولده المتوفى كان الزائد وصية اختيارية ، ويكون حكمها كحكم سائر الوصايا الاختيارية •

وإن كان ثمة وصايا اختيارية ، والثلث يضيق عنها هى والوصية الواجبة ، قدمت الوصية الواجبة على غيرها ، وما بقى تتزاحم فيه الوصايا الاختيارية ، وينفذ من كل وصية مقدار يعادل مقدارها بالنسبة لمجموع هذه الوصايا ، أى يكون الزائد بينها بالمحاصة ، بأن يعطى كل بنسبة وصيته •

وما يكون من وصايا لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر من نصيبهم يكون الزائد حكمه فى التزاحم كأصحاب الوصايا الاختيارية ، ويكون معها على قدم المساواة ، وتقسيم الوصية الواجبة بين مستحقيها تقسيم الميراث ، أى أنه يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إن كانوا ذكورا وإناثا ، وإن اتحد الجنس قسم بينهم بالتساوى ، والتقسيم يبتدىء عند أول طبقة ، وما خص كل أصل يأخذه فرعه •

٢٢٤ — ويشترط لإيجاب الوصية الواجبة :

(أ) ألا يكون الفروع الذين مات أصلهم فى حياة أحد أبويه وارثين ، فإن كانوا وارثين ، ولو مقدارا قليلا لا تجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها ، ولا تقدم على غيرها من الوصايا .

(ب) ويشترط أيضا ألا يكون الميت أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، فإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت وصية لهم بمقدار ما يكمل نصيب أصلهم الذى توفى فى حياة أحد أبويه أو الثلث ، إن كان نصيبه أكبر منه ، فإن كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة أو نحوها مقدار نصيب أصلهم ، فالوصية لا تكون واجبة ، وإن كان ما أعطاهم أقل من نصيبه ودون الثلث كمل لهم الأقل من الاثنين : النصيب أو الثلث .

٢٢٥ — هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لما جاء فى قانون الوصية خاصا بالوصية الواجبة ، وهى قد صارت من حيث إجبار الموصى عليها ، وأخذها من تركته بحكم القانون جبرا عنه ، وعن ورثته — كالاستحقاق فى الميراث فى الجملة ، وإن كانت تفترق عنه من حيث إن الموصى لهم لا يستحقونها بمجرد الوفاة من غير طلب كالميراث ، إذ لم يرد نص بأنه تنتقل الملكية فيها فور الوفاة من غير حاجة إلى قبول أو طلب ، ولندرة الرفض كانت كالميراث ، وإن كانت فى ذاتها تأخذ أحكام الوصايا .

ولنضرب الأمثلة الموضحة التى تكشف عن مقصد القانون ، وبعض غرائبه :

(أ) إذا كان لرجل ولد ذكر توفى فى حياته ، وله ابنة مثلا ، وتوفى ذلك الرجل عن زوجة ، وابنتين ، وأخت شقيقة ، فإن مقدار الوصية الواجبة الثلث ، لأنه لو فرض الابن المتوفى حيا عند وفاة أبيه لاستحق أكثر من ثلثها ، فلا يعطى فرعه كل نصيبه ، وتكون الوصية الواجبة هى الثلث وتأخذه بنته ، ويلاحظ أن الثلث الذى تأخذه بنت هذا الابن هو ثلث المال كله ، وبذلك يكون نصيبها أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن كل واحدة من البنتين ستأخذ ثلث الثلثين ، لا ثلث المال كله ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف فتأخذ بنت ابن

المتوفى ستين فـدانا ، لأنها ثلث المـال كله ، وتأخـذ كل بنت للموصى أربعين فـدانا ، لأن ذلك ثلث الباقى ، وهـو ١٢٠ ف •

ويجب أن يلاحظ أنه إن كان للرجل بنت واحـدة ولا تجب الوصيه لابنة الابن - لأنها تكون وارثة ، ولكن ميراثها يكون السدس فقط فتستحق إذا كانت التركة (٨٠ ف) مقـدار ثلاثين فـدانا ، وهـذه إحـدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق قانون الوصية بنصوصه ومعناه ومرماه •

(ب) وإذا كان لرجل ابن وبنت قـد توفيا فى حياته ، وكان للبنت ابن بنت توفيت أمه ، وللابن بنت ابن متوفى أيضا وتوفى الرجـل عن بنت وابن ، فإن الوصية الواجبـة فى هـذه الحال لا تشمل ابن بنت البنت ، لأن أولاد البطون لا يستحق منهم إلا الطبقة الأولى التى تلى الفرع المتوفى فى حياة أبيه وتستحق الوصية الواجبة بنت ابن الابن ، ويكون مقـدارها الثلث ، لأن ما يستحقه أصلها المتوفى يكون أكثر من الثلث ، وحينئذ يكون نصيب بنت ابن الابن أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن هـذه أخـذت ثلث الكل والصلبية استحقت ثلث الثلثين •

(جـ) وإذا كان لرجل ابن توفى فى حياته ، ولهـذا الابن بنت وابن آخر توفى فى حياته أيضا وترك بنتا ، أى أن فروع الابن الذى توفى فى حياة أبيه بنت وبنت ابن ، ثم توفى الرجل عن زوجة وابن وبنت ، ففى هـذه الحال تكون الوصية الواجبة هى الثلث ، لأن ما سيأخـذه الابن لو كان حيا عند وفاة أبيه أكثر من ثلث ، ويقسم الثلث بين أول طبقة تلى هـذا الابن وهى البنت وأخوها فتأخـذ ثلث الثلث ، ويأخـذ أخـوها ثلثى الثلث ، وما أخـذه يكون لابنته ، لأنه توفى فى حياة الأصل الأول ، فإذا كانت التركة ١٨٠ ف تكون الوصية (٦٠ ف) لبنت الابن المتوفى فى حياة أبيه (٢٠ ف) ولبنت ابن هـذا الابن (٤٠ ف) • وهـذه أيضا إحـدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق ذلك القانون •

٢٢٦ — هـذه أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية •

ويلاحظ أن هـذا القانون كشأن كل قانون عام فى نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبـة بالطرق الحسابية ، بل بين القاعـدة ،

والأصول التى تبنى عليهـا المسائل ، وترك للمطبقين لـه طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ، إذ ليست هـذه الطريقة حكما يجب بيـانه ، ولكنها حساب يلاحظ فى استخراج الأرقام فيه أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفـاظ القانون وقواعـده ومقاصـده ، والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيـود .

أولها : ألا تزيد على الثلث ، لأن المقـدار الذى خصصه الله سبحانه وتعالى للوصية عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة كما قـدمنا .

ثانيها : أن تنفـذ على أساس أنهـا وصية لا ميراث ، والوصية تنفـذ من كل التركة . ومن رأسها ، بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ، وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة ، من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ، لأنها وصية ، وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها : أن تكون بمقـدار نصيب الولد المتوفى فى حياة أحـد أبويه ، فلا تتجاوزه لأن الغرض العام من القانون أن يأخـذ الفرع نصيب أصله الذى توفى فى حياة أحـد أبويه ، لا أن يأخـذ أكثر منه ، لأن القانون نص على أنه يأخـذ مثل ما كان يأخـذ أصله لو كان حيا . فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخـذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطى الفرع أكثر مما كان يأخـذ أصله ، وهـو ما أخـذ إلا عن طريقه وباسمه .

٢٢٧ ــ هـذه هى القيود الثلاثة التى ألزم القانون شارحه ومطبقـه التقيد بهـا عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصـية الواجبـة بالسهام والحساب ، ويقيد الحـل فوقهـا بألا يؤثر فرض وجـود المتوفى فى الورثة الموجودين فعـلا بالحجب .

ولقـد فرضنا حلولا ثلاثة ، واختبر كل حل منها ، وجعلنا المقياس هـو هـذه القيود الثلاثة ، فما انطبق عليها تمـام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن بينة[١٠٤] .

---

(١٠٤) ذكرنا هـذا فى بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجـديد فى قانون الوصية) وذلك بعـدد سبتمبر ١٩٤٧ المجلد السابع عشر ، وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكما ، وتصدر فيه فتوى دار الإفتاء .

الحل الأول : أن يفرض الفرع المتوفى حياً ، وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ، ولنضرب لذلك مثلا :

توفى رجل عن زوجته ، وأمه وأبيه ، وبنت وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حيا ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام ما يخص الزوجة هو ٤٥ ف وما يخص الأم ٦٠ ف ، والأب كذلك ٦٠ ف ويكون الباقى للأولاد للذكر مثل حظ الانثين ، وفيهم المتوفى الذى فرض حيا ، ويكون ما يخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ، وهذا الحل وإن كان فيه القيد الأول والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ما أخذ على أنه وصية . لأن الوصية تقضى بأن ننقص أنصبة الورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضا على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا كأن يكون فى المسألة زوجة وأربع بنات وأخت شقيقة وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، فإننا لو سايرنا ذلك الحل ، لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن وأن تحجب الأخت الشقيقة ، وينتهى الأمر بأن نحجب وارثا حيا أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حيا ، وأن يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب ، لأجل ميت أيضا فرض حيا ، والقانون ما تعرض بالنفى للأنصبة الشرعية الثابتة بمحكم القرآن وصحيح السنة ، ولكن كل ما صنعه أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كانت بعض المحاكم الشرعيه قد سارت عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام .

٢٢٨ ــ الحل الثانى ــ أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكأن واضع القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة المورث ، فإن المقنن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هـذا المثل ، وهـو أن تتوفى امرأة عن زوجها وبنت ، وابن وبنت ابن توفى أبوها فى حياتها ، وتركة قـدرها ٣٦٠ ف ، فإنه تحل المسـألة هـكذا :

لا يفرض المتوفى حيا ، بل تحل المسألة بين الأحياء ، فيكون للزوج الربع ، والباقى للبنت والابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصـل المسألة — ٤ — للزوج — ١ — وللبنت — ١ — وللابن — ٢ — ثم يضاف مثل سهام الابن وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهـذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثانى ، ولم يتوافر فيـه القيد الثالث ، لأن الابن لو فرض حيا تكون المسألة هكذا — الزوج والبنت والابنان — ويكون للزوج الربع ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون أصـل المسألة ٤ . يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على — ٥ — وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، يكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنت ٥٤ ف وللابن ١٠٨ ف .

وترى من هـذا أن الابن لو كان حيا يأخـذ ١٠٨ ف بينما تأخـذ بنته على اعتبار أن الوصيه الواجبة وصية بمثل نصيب أحـد الورثة (١٢٠) وهـذا غريب فى ذاته ومجاف للقواعـد المتبعة فى تفسير القوانين ، إذ أن البنت تأخـذ باسم أبيها . فتأخـذ ما كان يستحقه لو كان حيا ، فكيف تأخـذ أكثر منه .

وإن هـذه الزيادة تطرد فى كل المسائل التى يكون استحقاق الفرع المتوفى فى حياة أحـد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حيا .

وإنما اطردت تلك الزيادة ، لأن نصيب الأولاد على الحل الذى يعتبرها وصية بمثل نصيب أحـد الورثة يقسم على عـدد الأولاد الموجودين فعلا فتكون الحصة للواحـدة كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيرا ، ولو أضفنا مقـدار ما خص أحـدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجـوداً ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجودا ، ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتباره وصية بمثل نصيب أحـد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الابن المتوفى قـد فرض موجودا تكون القسمة على بنت وابنين .

من أجل هذا قلنا أن ذلك الحل غير مستقيم : ولكن مع ذلك آخذ به فضيلة مفتى الديار المصرية فى فتاويه وقتا ما . واعتبر ما عداه باطلا ، وسنبين وجهة نظره ونناقشها إن شاء الله تعالى .

٢٢٩ ـ الحل الثالث ـ وهو الحل الذى ارتضيناه من بين هذه الحلول التى فرضناها والقانون بعد بكر لم توضح مسائله ، وذلك الحل يتلخص فى أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة ، وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات :

أولاها : أن نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حيا ، ويقدر نصيبه كما لو كان موجودا . فإذا كان الميت قد ترك بنتين وابنا ، وأبا وأما وبنت ابن توفى أبوها فى حياته ، وترك تركة هى ٢٧٠ ف ـ نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حيا . ويبين مقدار نصيبه بالسهام ، فيكون أصل المسألة ـ ٦ ـ وصححت إلى ١٨ ـ يخص الأم السدس وهو ٣ . والأب كذلك ـ ٣ ـ وكل بنت ـ ٢ ـ وكل ابن ـ ٤ ـ وعلى ذلك يكون ما يخص الابن الذى فرض حيا من التركة ـ ٤ ـ من ١٨ .

الخطوة الثانية : أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ ف فيضرب $\frac{4}{18} \times 270 = 60$ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ويستنزل من التركة فيكون الباقى $270 - 60 = 210$.

ولذلك يكون نصيبه إذا كان مقدرا نصيبه الثلث فأقل ، فإن كان أكثر لم يستنزل إلا الثلث .

الخطوة الثالثة : أن يقسم ذلك الباقى على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر الولد الذى فرض حيا ، فيكون للأب السدس ، وللأم مثله ، وللبنت والابن الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ـ ٦ ـ للأم ـ ١ ـ وللأب ـ ١ ـ وللابن ـ ٢ ـ ولكل واحدة من البنتين ـ ١ ـ فتأخذ الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنت الواحدة ـ ٣٥ ـ والابن ٧٠ ف .

٢٣٠ — وهذا الحل ارتضيناه لأنه لا يخرج على القيود الثلاثة التى قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ، لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كشأن كل الوصايا تنفذ من أصل التركة كلها ، وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حيا بلا زيادة قط ، ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل أن فرع الولد المتوفى سيأخذ أقل من الابن الموجود فعلا ، ونحن نقول أن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ، وهى التى من أجلها نرتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذى اختاره فضيلة المفتى وقتا ما ، وهو أحد الفروض التى ذكرناها(١٠٥) وبينا عدم استقامته ، لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائما ثابتا ، يترك التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذه أصله ، فيوجد تماثلا غير مطلوب فى القانون ، ويترك التماثل المطلوب فى القانون .

٢٣١ — كان إذن بيننا وبين فضيلة مفتى مصر الذى أفتى بهذا الحل اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التى ذكرناها ما رأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا ، ويرفض ما رأيناه مستقيما ، مع أنه يكون فيه التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذ أصله لو كان حيا ، وينفذ على أنه وصية ، ولا يرى أن فى أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حيا أى مخالفة للفقه والقانون . ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلا يسوغ له ذلك ، وهو ما فهمناه من مناقشته ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحدهما) أن صدر المادة — ٧٦ — يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع ... » .

---

(١٠٥) راجع بحثنا فى مجلة القانون والاقتصاد فى عدد سبتمبر سنة ١٩٦٤ المجلد السابع عشر ، العدد الثالث .

فهــذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثــل نصيب أحــد الورثة ؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحــد الورثة فإن حلها يكون بتقسيم التركة بالسهام على الورثة الموجودين ، ويضاف إلى مجموعها سهام الوارث الموصى له ، فكذلك يكون المسلك هنا .

وإذا قيل لهم أن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لــو كان حيا ، قالوا إن الفتاوى الهندية تقول أن الموصى لو قال وصيت بمثل نصيب ابنى لــو كان حيا أو بنصيب ابنى لو كان موجودا ، فانها تكون وصية بمثل نصيب أحــد الورثة ، وتحل المسألة بفرض سهام الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة .

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابنى فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجودا لاعتبر ذلك وصــية بمثل نصيب أحــد الورثة ، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هــذه الصيغة فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحــد الورثة ، ويسلك فيه طريق استخراجها .

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى ، لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام ، فإليه المرجع حيث لا نص . ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حــل وصية جاءت على هــذه الصيغة لا نجد حلا لهــا فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحــد الورثة .

٢٣٢ ـ هــذا ما ساقه فضيلة المفتى الذى أفتى بذلك ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ، ولم نقرأه محررا بقلمــه أو أقــلامهم ، ونرجو ألا نكون قــد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا .

ونحن نقول فى رد ما ساقوا ، إنه كان يكفى أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدى إلى أن يأخــذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخــذ الولد نفسه ، وأن واضعى ذلك القانون الذى لم يكن له أصل قط فى المذاهب الأربعة لم يقصــدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الوالد فى دائرة الثلث ، كان يكفى ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق فى استخراج حــل أقرب إلى العــدل ، ولذلك لمــا علمت فى أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتى قــد كتب فتوى على تلك الشاكلة

ذهبت إليه ، وأطلعته على البحث الذى نشرته فى مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ، ونبهته إلى ما يؤدى إليه الحل الذى اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى . ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يتمسك برأيه يزيده قوة استمساك وعنفا فيه ، ولكنى فعلت لتبرأ ذمتى ، وعساى أن أصل إلى ما يغير فكرتى ، فلم أجد ما يغيرها ، ووجدت ما بينت خلاصته .

٢٣٣ ـ والآن نبين وجه الخطأ فى رأى فضيلة الأستاذ الجليل حفظه الله ، ولا عيب على عالم عظيم مثله فى أن يخطىء ، إنما العيب فى أن يدعى أنه لا يخطىء .

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى فى مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية ، إلا شيئا تعلق به من رأى لابن حزم فى جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ، وينفذ ما بينه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك فى تنظيم الوصية الواجبة ، وعلى ذلك يصح لنا أن نقول فى حق ـ أن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى فى تفسيره ما يجرى فى تفسير القوانين الوضعية ، مقيدين بأصول التفسير فى القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التى بينها اللغويون ، ونظمها الأصوليون بباب الدلالات فى علم الأصول .

وإن ذلك ينتهى بنا إلى أن نتقيد فى التفسير بأمرين :

أحدهما : ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما : الاستعانة بمقصد المقنن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهده ، على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتمل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكما فيه .

٢٣٤ ـ وإننا إذ نقيد أنفسنا فى التفسير ذلك التقييد نجد الطريق معبدا ،

بل أن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقنن صرح تصريحا قاطعا ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — فى عجزها ، « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثا) فى حدود الثلث » .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثا لو كان حيا ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التى نص عليها القانون .

الجزء الذى ساقه فضيلة المفتى لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذى أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته » التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوى وهو المماثلة والمساواة فى التقدير ، فهى تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حيا ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى فى حياة أبويه وهى : « ما كان يأخذه الولد ميراثا يئول إلى فرعه ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان يأخذ الولد الذى أخذ هو عنه » .

وعلى ذلك ننتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع يكون بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه أى مقدار ، مهما يكن قليلا ، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع :

أولها : التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشيئين أكثر من الآخر .

وثانيها : كلمة « يستحقه ميراثا لو كان حيا » فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى فرعه ذلك المقدار لا يزيد عليه ، فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثا يكون باطلا ومخالفا لنص القانون .

وثالثها : وهو الأخير عبارة وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا

النصيب • وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظى الحرفى فى المـادة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر ممـا يستحقه الولد الذى توفى فى حياة أحـد أبويه ميراثا ، فكل حل يؤدى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفـا لنص القانون ، وكل مخالفة لهـذا النص تكون باطلة ، والحل الذى يؤدى إليها يكون غير مستقيم •

٢٣٥ – وإن المقصـد الذى رمى إليه المقنن من سن الوصية الواجبة أن هـذا الفرع له نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يمـوت فى حيـاة أحـد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقنن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم وإلا كان ذلك شططا ، وخروجا عن الجادة ، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر ممـا كان يأخـذه أبوه أو أمه ، هـذا غريب فى بدائه العقول ، وكان ذلك وحـده كافيا لأن يعتبر الحل الذى يؤدى إليه غير مستقيم •

وفوق ذلك أن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحـد أبويه ، ولقـد كان ذلك مفهـوما لدى أعضاء مجلس الشورى ، وهـو ما سوغ لهم الموافقة •

وقـد قال أحـد الشيوخ مدافعا عن الوصية الواجبة ، فوق منبر مجلس الشيوخ ، وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العـدل ، قال ذلك الشيخ ما نصـه :

« رجل يملك ، ولـه أولاد وبنات ، فإذا مات ولـد من أولاده ، أو ابن ابن من طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن **وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات** ، ويرث من المورث فيما يخرج من الثلث ، لأنها وصية ، فيأخـذ نصيبه ملكا ، وهكذا المـالك إذا كان لـه من أولاده بنت ، فالبنت إذا ماتت قبل ابنها **يحتم القانون أن أبناء البنت ذكورا واناثا يمثلون أمهم** ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكا وانتفاعا ، وينتقل إلى ورثتهم من بعـدهم » •

قال هـذا العضو ، وهـو من أعضاء لجنة العـدل ذلك فى المجلس مسوغا للقانون مدافعا عنه ، ولم يخالفه أحـد – وخصوصا فضيلة ممثل وزارة العـدل أو بالأحرى ممثل لجنة الأحـوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض

فى اعتبار الوصية الواجبة إحلالا لفرع الولد المتوفى محـل أبيه فيما كان يستحقه من ميراث ، بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثا ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة المتضافرة ، بل يستحقه على أنه وصية ، تنفـذ من التركه كلها وفى دائرة الثلث •

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصـده الثابت أن الفروع يأخـذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة أحـد أبويه •

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن أصلهم المتوفى فى حياة أحـد أبويه ، وكيف يعطون نصيبا أكثر ممن يتلقون الاستحقاق عنه ، إن هـذا فى القياس عجيب •

٢٣٦ — وفوق ذلك أن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أحـد أبويه حيا ، ويبين ما يأخـذه ميراثا ، لأن نص المـادة يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته او مات معه ، ولو حكما بمثل ما كان **يستحقه هـذا الولد ميراثا فى تركتـه لو كان حيـا** عند موته وجبت إلخ » • فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطاءه نصيبه ميراثا ثم نقل نصيبه هـذا الى فرعه ، والحل الذى يجعله وصية بمثل نصيب أحـد الورثة لا يفرضه حيا ، بل يزيد بمقـدار سهام أحـد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حيـا ومن غير حاجة إلى تعرف مقـدار ميراثه ، وهـذه مخالفة واضحة لصريح القانون •

٢٣٧ — تبين ممـا تقـدم مخالفة الحل الذى يجعل الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحـد الورثة — للقانون ، وبقى أن تجيب عن أمرين جاءا على لسان فضيلة الأستاذ المفتى الجليل ، الذى أصـدر هـذه الفتوى :

أولهما : أنه إذا قال الموصى : أوصيت لفرع ولدى فلان الذى توفى فى حياتى بمثل نصيب ابن من أبنائى ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها وصية بمثل نصيب أحـد الورثة ، وتكون فى ضمنها الواجبة ، وما زاد على الوصية الواجبة وفى نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على الموصى فى أن يوصى لفرع ولده المتوفى بمـا يشاء غير مقيد بمقـدار الوصية الواجبة ، والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهـذا الأساس •

أما إذا لم يوص ، وهـو ما نص عليه القانون ، فنحن مقيدون فى تقـدير الوصية الواجبه بمقـدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثا لا نتجـاوزه ، ولكن قـد تنقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفـذ على أنه وصية يستخرج مقـدارها من التركة قبل التوزيع •

ثانيهما : أن فضيلة المفتى الجليل قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج

الوصية الواجبة — فعلينا أن نرجع فى طريق استخراجها إلى مذهب أبى حنيفة
ونقول فى الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكما فى موضوع
لم يبين القانون حكمه ، إنما هى توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن
نرجع فى تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن
له أصلا ، وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها
للمطبق ، بحيث لا يخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول
لمطابقة نصه ومقصده ، وهذا قانون الميراث فهل فيه طرق حل المسائل ،
إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير
سليم ، لأن القانون يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حيا ويستخرج نصيبه
ميراثا ، ويعطى فرعه فى حدود الثلث ، على أنه وصية ، وتكرر ذكر ذلك
النص ، إذ تقول المادة ٧ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته
أو مات معه ولو حكما بمثل نصيب هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند
موته ، فهو صريح فى وجوب فرضه حيا ، واستخراج نصيبه ميراثا وإخراجه
من التركة على أنه وصية ، ثم يقسم الباقى من التركه بعد ذلك بين الورثة
الشرعيين ، فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيرا ، لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل
يهدم نصه ومقصده .

فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة فى استخراج الحل لأن الحل ليس
حكما ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده
والعماد فى ذلك القانون نفسه وقوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ،
فلا يمكن أن يعتبر حلا لمسائله .

٢٣٨ — ونريد أن نذكر فضيلة الأستاذ المفتى الجليل بأن هذا القانون
زيادة عن فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب
الكريم ولا مأثور السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن إمام إلزام بما لم
يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ،
فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد فى العطاء ، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان
يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها ، اللهم إنا قد أدينا
أمانة العلم وأطنبنا فى البيان ، لكى نخرج من الربقة ولا نتحمل التبعة ، والله
على ما أقول شهيد .

٢٣٩ — والآن نستعرض بعض المسائل ، ونبين طريق حلها :

(أ) إذا توفى شخص وترك بنتين وابنا ، وأبا وأما ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المتوفى وترك تركة قــدرها ٥٤٠ ف فإنه يفرض الابن المتوفى حيــا ، وتقسم التركة بالسهام على ذلك الأســاس ، فيــكون للأب السدس ، وللأم السدس والباقى للأبناء والبنات • ويكون أصل المسألة ٦ ، ويصمح إلى ١٨ ، فيخص الأب ٣ • والأم ٣ وكل بنت ٢ ــ وكل ابن ٤ فيكون سهام الابن المتوفى ٤/١٨ ، ويخرج من التركة فتكون ١٢٠ ف فهــذا هو مقــدار الوصية الواجبة • ثم يقسم باقى التركة من جــديد وقــدره ٣٤٠ ف على الورثة الحقيقيين كأنه لا أحــد ســواهم •

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت بنت توفيت فى حياة المورث ، والتركة ٤٨٠ ف فتفرض البنت المتوفاة على قيــد الحياة وتأخــذ مع الأخرى ثلثين ، والزوجة الثمن ، يرد الباقى عليهما فيكون نصيب المتوفاة أكثر من الثلث فــلا تعطى ابنتها إلا الثلث ، ويخرج من التركة فيكون الباقى ٣٢٠ ف يقسم على الورثة الحقيقيين ، وهم الزوجة والبنت ، فالزوجة تاخــذ الثمن ، والباقى للبنت فرضا وردا •

(جـ) وإذا توفيت عن زوج ، وبنت ابن وبنت بنت ماتت فى حياة أمهــا ، وتركت ٤٥٠ ف ، فإن البنت تفرض موجودة على قيد الحياة ، ويأخــذ الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقى يرد على بنت الابن ، والبنت ، ويكون استحقاق البنت على ذلك أكثر من الثلث • فتعطى بنتها الثلث ويخرج من ٤٥٠ ، فيكون الباقى ٣٠٠ يقسم على الورثة الحقيقيين وهما الزوج وبنت الابن فيكون للزوج الربع ، والباقى لبنت الابن فرضا وردا •

(د) وإذا توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وبنت ابن ابن توفيا فى حياة المورث ، فإنه فى هــذه الحال يستخرج نصيب الابنين اللذين توفيا فى حياة أبيهما فيكون لهما ثلث تركته ، وعلى ذلك لا تنفــذ الوصية إلا فى الثلث ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف فإن الوصية الواجبة هى ٦٠ ف تقسم بين الابنين ، ويكون نصيب كل ابن يذهب إلى فرعــه ، فيخص بنت الابن ٣٠ ف ويخص بنت ابن الابن ٣٠ ف •

(هـ) توفى شخص عن أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخوين لأم ، وبنت بنت توفيت فى حياة أبيها فإنه فى هــذه الحال تفرض البنت على قيد الحياة ، ويكون نصيبها النصف ، فتكون الوصية الواجبة بمقــدار الثلث فقط ، فإن كانت التركة ٣٦٠ ف كانت الوصية الواجبة ١٢٠ ف ، ويقسم الباقى بين الورثة الشرعيين وهــو ٢٤٠ ف فيكون للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأب السدس وللأخوين لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ٦ ، توزع التركة على ذلك الأساس •

والله سبحانه وتعالى وارث الأرض ومن عليها ، وإليه المصير •

« تم بحمــد الله »

محتويات الكتاب

الموضوع	صفحة

الموضوع	صفحة

رقم الايداع

٨٧/٨٢٦٧

دار الاشـعاع للطباعة

١٤ شارع عبد الحميد ــ جنينة قاميش

السيدة زينب ــ القـاهرة

ت : ٣٦٣٠٤٦٩

مؤلفات الإمام الشيخ محمد أبو زهرة

- خاتم النبيين :
  ثلاثة أجزاء - فى مجلدين
- المعجزة الكبرى (القرآن الكريم)
- تاريخ المذاهب الإسلامية :
  جزءان فى مجلد واحد
- الأحوال الشخصية
- الجريمة فى الفقه الإسلامى
- العقوبة فى الفقه الإسلامى
- أصول الفقه
- أحكام التركات والمواريث
- أبو حنيفة :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- مالك :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- الشافعى :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- ابن حنبل :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- ابن تيمية :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- الإمام زيد :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- الإمام الصادق :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- ابن حزم :
  حياته • عصره • آراؤه • فقهه
- الوحدة الإسلامية
- الخطابة
- تاريخ الجدل
- الملكية ونظرية العقد
- شرح قانون الوصية
- محاضرات فى الوقف
- محاضرات فى عقد الزواج وآثاره
- محاضرات فى النصرانية
- مقارنات الأديان
- الدعوة إلى الإسلام
- تنظيم الإسلام للمجتمع
- تنظيم الأسرة وتنظيم النسل
- الولاية على النفس
- العلاقات الدولية فى ظل الإسلام
- التكافل الاجتماعى فى الإسلام
- الميراث عند الجعفرية
- المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام
- العقيدة الإسلامية
- بحوث فى الربا

***

تطلب جميعها من ملتزم طبعها ونشرها وتوزيعها
دار الفكر العربى
الادارة : ١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة
ص.ب ١٣٠ الرمز البريدى ١١٥١١
ت : ٣٩٢٥٥٢٣ - ٣٩٢٠٩٥٦ فاكس ٣٩١٧٧٢٣

